الدكتور محمد شكري سرور
مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق
جامعة القاهرة

النظرية العامة للحق

الطبعة الأولى
١٩٧٩

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

الدكتور محمد شكري سرور
مدرس القانون المدني بكلية الحقوق
جامعة القاهرة

النظرية العامة للحق

الطبعة الأولى
١٩٧٩

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

تنبيـــه :

حين يكتب الباحث للمبتدئين فى دراسة القـانون ، يجـد نفســه مضطرا ـ لا محالة ـ الى أن ينهج أسلوبا مدرسيا ، قصد القـاء الضـوء على كثير من المصطلحات القانونية مما يترامى الى مسامعهم للمرة الأولى .

فاذا كانت الفرصة ـ فضلا عما تقـدم ـ سـوف تتـاح بعد ذلك أمام هؤلاء المبتدئين لدراسة بعض مسائل هـذا المؤلف بشكل أوفى وأعمق، بدا الاكتفاء بعموميات هــذه المسائل دون التعمق فيها أمرا ضروريا .

وهكذا قصدنا أن تأتى هذه المذكرات مجرد كافيـة لحاجة طـلاب السنة الأولى بكلية الحقوق من الاحاطة بجانب من مبادىء القانون (نظرية الحق) ، فهبطنا بها الى مستوى الدروس ، بما لا يصح معه أن تحسب علينا ـ فى هـذا الشأن ـ مؤلفا متخصصا . وهو ما حدا بنا الى الحرص على التصـدير بهـذا التنبيه .

المؤلف

مقدمة

تقتضى دراسة نظرية الحق ، ان نصدر لها بباب تمهيدى فى الحق بوجه عام ، نوزعه على فصول ثلاثة : نعرض فى أولها لوجود فكرة الحق ، وفى الثانى للتعريف بالحق ، لنخصص لأنواع الحقوق الفصل الثالث ؛ فيتهيأ لنا — بهذا الشكل — أن ندخل الى صميم هذه الدراسة التى نوزعها — بعد ذلك — على ستة أبواب تتناول الحق منذ أن ينشأ والى أن ينقضى ، فنعالج فى الباب الأول منها كيفية نشاة الحق ، ليحيط الباب الثانى بعناصر ذلك الحق الذى نشأ .

ولما كان الحق — فى مباشرة صاحبه له — قد يتعرض لانكار أو اعتداء من جانب الغير ، فقد لزم — من ثم — أن يسبق دراسة مباشرة الحق ، التى نخصص لها الباب الخامس من هذه الدروس ، التعرض — من ناحية — لاثبات الحق ، وهو ما نخصص له الباب الثالث ، ومن ناحية آخرى لحماية الحق وهى موضوع الباب الرابع ، لننهى هذه الدراسة بانقضاء الحق الذى نجعل له الباب السادس منها .

وهكذا تكون خطة البحث فى هذه الدراسة على النحو التالى :

خطة البحث :

باب تمهيدى	: فى الحق بوجه عام .
الباب الأول	: فى نشأة الحق .
الباب الثانى	: فى عناصر الحق .
الباب الثالث	: فى اثبات الحق .
الباب الرابع	: فى حماية الحق .
الباب الخامس	: فى مباشرة الحق .
الباب السادس	: فى انقضاء الحق .

الباب التمهيدى

فى الحق بوجه عام

تقسـيم :

نوزع الدراسة فى هـذا الباب على فصـول ثلاثة تتناول : وجود فكرة الحق ، والتعريف بهذا الأخير ، وأنواع الحقوق ، كل فى فصـل على حدة على النحو التالى :

الفصل الأول

فى وجود فكرة الحق

١ ــ لعل المبتدىء فى دراسة القانون لا يتصور أن فكرة الحق الشخصى (١) Le droit Subjectif ــ ذلك المركز القانونى الذى يشعر به ، ويدرك مظاهره من أنواع النشاطات المختلفة التى تصدر منه أو من جانب الغير من حوله ــ مما يمكن أن تكون محلا اشك . ومع ذلك فقد لاقت هذه الفكرة من الهجوم ما وصل الى حد انكار وجود ما يسمى بالحق كلية . بحسبانه مجرد فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة ، دخيلة على عالم القانون . ولا تسندها المشاهدة أو التجربة .

٢ ــ ولقد كان العلامة الفرنسى دوجى من أشد أنصار هذا الاتجاه ، يحكمه فى تفكيره منهاج علمى لا يسلم الا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة ، وينطلق من عداء شديد لفكر فلاسفة المذهب الفردى وأنصار مدرسة القانون الطبيعى ــ الذين يسلمون للانسان بحقوق مطلقة تثبت له منطقيا ومنذ ولادته بحكم الطبيعة نفسها . لاتحتاج فى نشأتها لقانون (٢) ــ

---

(١) يجدر التنويه بأن المقصود بهذا الاصطلاح فى هذا الموضوع هو الحق الذى يثبت للشخص (بصرف النظر عن موضوعه) . والتى [illegible] تتعرض للانكار من جانب بعض المفكرين . حين أن نفس الاصطلاح ، او ما يقال له أحيانا حق الدائنية (Droit de créance) . يستخدم فى معرض أنواع الحقوق ــ كما سنرى ــ بمعنى آخر ، حيث يقصد به ــ فى مقابلة كل من الحقوق العينية والحقوق المختلطة ، تلك الرابطة القانونية التى تخول لأحد طرفيها (وهو الدائن) أن يجبر الطرف الآخر (وهو المدين) على القيام بعمل أو امتناع عن عمل . وعندئذ يرمز للحق الشخصى فى الاصطلاح الفرنسى بـ Droit Personnel.

(٢) وان تدخل هذا القانون فليس الا لوضع الحدود بين حقوق الأفراد فى علاقتهم بعضهم ببعض . راجع فى تفاصيل فكر هذه المدرسة :
roubier (p) : théorie générale du droit. 2 éd 1951 p. 135 et s.

بحسبان ما يؤدى اليه هذا المذهب من أن تصبح الحقوق معاقل للفردية الأنانية لأصحابها على حساب الصالح العام .

ولعل هذا العلامة قد تأثر فى هذا الهجوم بفكر أوجست كونت ، الذى قال — فى التدليل على عدم وجود ما يسمى بالحق — عبارته المشهورة : « لا أحد يملك من حق سوى حق أداء ما عليه من واجب » (٣) . وهكذا حرص دوجى — بدوره — فى تعريفه لأبرز الحقوق وأكثرها أهمية فى الحياة العملية وهو حق الملكية ، على أن يستعمل لفظة الواجب أو الالتزام . فالملكية — عنده — هى « واجب . أو التزام ... كل حائز ثروة . بأن يستعمل ما يحوزه فى الحفاظ على التكافل الاجتماعى وتنميته » (٤) . وعلى نفس النسق يعرف كلسن الحق الشخصى بأنه « التزام . يفرض على من يتحمل به أن ينهج سلوكا مغايرا للسلوك المجازى قانونا » (٥) .

٣ — غير أن فكرة الحق قد خرجت مع ذلك — وبالرغم من شدة الهجوم — منتصرة . ذلك أن أفكار منكريها انما كانت تستند الى حجج

---

(٣) « nul ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir » cité par : L. Duguit : les transformations générales du droit privé. 1912 p. 13 et s.

(٤) « la propriété est, pour tout detenteur d' une richesse, le devoir, l'oblig ation d'ordre objectif d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et à accroitre l'interdependance sociale ».
cité par : Carbonnier (j) : droit civil. t. i. 1971 p. 148 (le note)

(٥) « ... l'obligation qui pèse sur lui (l'individu) d'adopter une condiute contraire à celle que sanctionne la contrainte instituée par le régle ». Kelsen (h) : aperçu d'une théorie. générale de l, etat. R, de dr, pub · 1922 p. 574.

لا يصعب — فى الواقع دحضها (٦) .

فقد قالوا — من ناحية — بأن ادعاء أنصار المذهب الفردى وجود حقوق طبيعية سابقة على قيام المجتمع . تولد مع الانسان وتثبت له بحكم كونه كذلك . لا يعدو ان يكون محض خرافة . يدحضها التحليل الدقيق لما يسمى بالحق . وما يفترضه هذا الأخير من وجود طرفين . صاحب الحق ومن يتحمل به . بما لا يتصور معه ثبوت حق لفرد منعزل . ان كان من المتصور — جدلا — وجود مثل هذا الفرد .

غير أن حجتهم هذه لا تقدح — فى الواقع — فى وجود فكرة الحق ذاتها ، وانما تدحض — حقيقة — ما يدعيه — خطأ — بعض أنصار المذهب الفردى من تأسيس القانون نفسه على الحق . أو من وجود حقوق لاتستند الى القانون لسبقها فى نشأتها عليه . بحسبانها تتولد من الطبيعة الانسانية نفسها . حين أن الحقوق — فى الواقع — « ليست تنشأ بذاتها » (٧) « أو تخلق من العدم » (٨) . « انها لا توجد الا فى الحدود التى يرسمها القانون . وما تخوله من ميزات لأصحابها انما يكون محدودا بصالح المجتمع (٩) .

كما قالوا — من ناحية أخرى — بأن القانون انما يعجز عن انشاء الحقوق للأفراد فى المجتمع . ما دام أن قوام الحق قدرة أو سلطة ارادية لصاحبه على من يتحمل به . الأمر الذى يستتبع القول بوجود تدرج

---

(٦) راجع فى خلاصة الأفكار التى يستند اليها كل من دوجى وكلسن فى انكار فكرة الحق :

Dabin (j) : le droit subjectif 1952 p. 5 - 17 , Marty et Raynaud : droit civil. t. i. 1972 p. 253 et s no. 134 et 135.

احمد سلامة ، نظرية الحق فى القانون المدنى ١٩٦٠ ص ١٣ — ١٦ ؛ بند ٧ — ٨ ، حمدى عبد الرحمن الحقوق والمراكز القانونية ١٩٧٦/٧٥ ص ٤ — ١٢ .

(٧) ، (٨) ، (٩) Buffelan - lanore (y) : droit civil 3 éd 1977 p. 23.

فى المرتبة بين ارادات الأفراد يمكن بمقتضاه للارادات العليا أن تتحكم فى الارادات الدنيا ، ولا يقوى على اقامة هذا التدرج الا قوة سماوية تهيمن على البشر (١٠) .

ويدحض هـذه الحجة ـ بدورها ـ ما تنطـوى عليه من مبالغة مرفوضة . فليس من قائل بأن من ينشأ له حق من الحقوق فى مواجهـة أحد الأفراد وفى ظل من حماية القانون . يصبح ـ لذلك والى الأبد ـ فى مركز أعلى من مركز من يتحمل بهذا الحق . كل ما فى الأمر أن صاحب الحق انما يتمتع ـ فى مواجهة الطرف الآخر ـ بالحماية القانونية لحقه . تلك الحماية التى كان يمكن أن تكون لهذا الطرف الآخر فى مواجهـة الأول لو أنه هو الذى كان صاحبا للحق . بما يعنى أن القانون ـ وهو يعترف بالحقوق للأفراد ـ لايجرى بين اراداتهم ذلك النوع المزعوم من التمييز . فضلا عن أن ارادة الغير . اذا كانت تلتزم فى مواجهة صاحب الحق . فليس ذلك ـ فى الواقع ـ لأن ارادة هـذا الأخير هى بنفسها التى تفرض هذا الالزام . وانما ـ بالأدق ـ لأن هناك واقعة سابقة على العلاقة بين هذين الطرفين هى التى تفرضه على أحدهما : فالمودع لديه ـ على سبيل المثال ـ ان كان يلتزم برد الوديعة لصاحب الحق فيها ، فلأنه سبق أن تسلمها منه بصفتها كذلك . ومرتكب الفعل الضـار حين يلتزم بدفع التعويض لصاحب الحق فيه (المضرور) . فلأن خطأه هو الذى أحدث الضرر الذى كان سببا فى هذا الالتزام (١١) .

ولا محل ـ فضلا عن كل ما تقدم ـ للخشية من أن تتغلب روح الفردية الأنانية لأصحاب الحقوق على الصالح العام للمجتمع . فليس

---

(١٠) راجع فى الرد على هذه الحجة :

geny (m - f) : les bases fondamentales du droit civil en face des théories de l. duguit. r. t. 1922 p. 800.

(١١) ولمزيد من التفاصيل فى حجج الدفاع عن وجـود فكرة الحق الشخصى ، راجع دابان ، المرجع السابق ص/ ١٧ـ٥٤ ، أحمد سـلامة ، المرجع السابق ص/ ١٦ـ٢٠ بند /٩

هناك فى الوقت الحاضر من حق مطلق ، وانما تتحدد حقوق كل فرد بحقوق الآخرين وبمصالح المجتمع . ولقد أصبح من المسلم به أن يتعرض صاحب الحق للمساءلة اذا تعسف فى استعمال حقه ولو التزم الحدود الموضوعية لهذا الحق . بل ان أبرز الحقوق التى كثيرا ما وصفت بأنها حقوق مطلقة ، وهو حق الملكية ، لم تعد كذلك فى الوقت الحاضر ، الذى أصبح يعرف نظم نزع ملكية الأفراد وتأميمها للصالح العام (١٢) . كذلك تؤكد الدراسات المتخصصة فى التطورات الحديثة لفكرة الحق الشخصى أنه ، فى الوقت الذى يشهد فيه التطور المعاصر تزايدا فى تعداد الحقوق الشخصية وتوسعا فيما تخوله هذه الحقوق لأصحابها من سلطات ، فانه يشهد فى نفس الوقت تعددا وتضخما فى الالتزامات المفروضة على أصحاب هذه الحقوق (١٣) .

٤ - وهكذا فان الهجوم على فكرة الحق الشخصى « لم يفلح فى النيل من الهيبة التى يحظى بها ، سواء لدى العامة أو فى نظر رجال القانون » (١٤) . واستخدم المتشيعون لهذه الفكرة - بدورهم - عبارات مناقضة تماما لما استخدمه منكروها . فالحق الشخصى عند ريبير هو سلطة مخولة للفرد ، ويرى فيه حقيقة قائمة تستخلص من أبسط قواعد القانون الطبيعى بداهة وهى عدم المساواة بين سائر البشر « ومن ينكر هذه السلطة انما يتجاهل - فى الواقع - أن هناك حكمة الهية وراء سلطان بعض الأفراد على بعضهم الآخر » (١٥) . بل ان جونسكى لم يتردد

(١٢) راجع فى كل هذا المعنى بيغلان - لانور ، المرجع السابق ص/ ٢٣

(١٣) انظر :

michaelides - nouaros : l'évolution récente de la notion de droit subjéctif. r. 1. 1966 p. 222.

(١٤) ميكايليديه - نوارو ، المرجع السابق ص/ ٢١٦

(١٥) « ceux qui dénoncent ce pouvoir méconnaissent ce qu il y a de divin dans l'idée de puissance : omnis potestas a deo,,.

مشار اليه فى مارتى و رينو ، المرجع السابق ج ١ ص/٢٥٥ بند ١٣٦

فى وصف الحق الشخصى بأنه « جوهر القانون » (١٦) نفسه ، أو كما عبر البعض الآخــر أنه « الفكرة الرئيسية notion centrale التى تقف من وراء النظم القانونية الخاصة فى الوقت الحاضر » .

---

(١٦) « l'atome juridique » مشــار اليه فى مارتى ورينــو المرجع السابق ص ٢٥٥ .

(١٧) ميكايليديه — نوازو ، المرجع السابق ص/ ٢١٦ .

الفصل الثانى

فى التعريف بالحق

احتدم الخلاف ـ ولا يزال ـ بين الشراح ، فى محاولتهم لوضع تعريف للحق [1] . ولسنا نعرف تعريفا يمكن القول بأن الرأى قد استقر عليه ؛ فأنصار كل تعريف قد أمكنهم ـ فى الواقع ـ أن ينفذوا الى التعريفات المخالفة ، ليوجهوا اليها من الانتقادات ما يعتبرونه مقوضا لها .

ولسنا نقصد ـ بالتأكيد ـ فى هذا الموضع ، أن نسوق مختلف التعريفات التى قيلت فى هذا الصدد ، وانما نكتفى بأن نبين ـ فى ايجاز ـ أن هذه التعريفات يمكن ردها جميعا الى أحد اتجاهات ثلاثة :

الاتجاه الشخصى فى تعريف الحق :

٥ ـ فأما الاتجاه الأول ـ ويتزعمه كل من سافينى وفينشيد ، فيقال له الاتجاه الشخصى ، بالنظر الى أنه يواجه الحق من زاوية صاحبه ، فيعرفه سافينى لذلك بأنه « قدرة أو سلطة ارادية » [2] ، حين يعترف بها القانون لفرد فانما يكفل له بذلك « نطاقا تسود فيه ارادته مستقلة عن أية ارادة أخرى » [3] .

---

(١) بل يسلم بعض الشراح بأن الحق فكرة تستعصى تقريبا على التعريف . انظر مثلا : كاربونييه ، المرجع السابق ج/١ ص/ ١٤٧ بند /٤٠ .

(٢) « pouvoir de Volonté » مشار اليه فى دابان ، المرجع السابق ص/ ٥٧ . ويأخذ بنفس التعريف ميكايليديه ـ نوارو ، المرجع السابق ص/ ٢٢٣

(٣) مشار اليه فى :

Kayser (p) : les droits de la personnalité .... r. t. 1966 p. 448 no 3.

ويأخذ بنفس الافكار الفقيه الالمانى فينشيد ، راجع دابان ص/ ٥٧ .

ولـما كان الحق ـ على هـذا النحو ـ هو نطاق الارادة الحرة السيدة ، فقد فرع سافينى على ذلك عدم تصور ثبوت حق للشخص على نفسه ؛ والا كان لهذا الشخص ـ بموجب ما لارادته من سيادة ـ أن يتصرف فى نفسه ذاتهـا ، فيغدو الانتحار ، على هـذا النحو ـ أمرا مشروعا (٤) .

غير أن هذه الارادة ـ كما ينبه فينشيد ـ لا تسيد مجردة وبمعزل عن قواعد القانون ، وانما فى الحقيقة على أساس من هذا الأخير الذى يقرها ويرسم لها حدودها (٥) . وان كان تدخل القانون ـ على هـذا النحو ـ لا يقلل ـ عنده ـ من سلطان ارادة صاحب الحق ، التى تظل مع ذلك تتسلط على الشيء نفسه محل الحق من ناحية ، كما تسود ـ من ناحية أخرى ـ على ارادة غيره من الأفراد فى المجتمع . فالمـالك ـ على سبيل المثال ـ له حرية التصرف فيما يملك ، والدائن له أن يقتضى حقه من المدين أو يتنازل عنه ، وهو ما يعنى أن ارادة صـاحب الحق تكون ـ بالدرجة الأولى ـ هى الحاسمة فى انشـاء الحقـوق أو تعديلهـا أو زوالها . كما تظهر سيادة الارادة واضحة كذلك عند مباشرة صاحب الحق لحقه ، ما دام أن القـاعدة القانونية انما تفرض ـ فى الواقع ـ لمصلحة صاحب الحق ، سلوكا معينا (عملا أو امتناعا) يتعين على فرد محدد أو على جميع الأفراد القيام به ، وتترك لصاحب الحق الحرية المطلقة فى أن يفيد مما تكفله له هذه القاعدة من وسائل أو لا يفيد . فتغدو ارادة صاحب الحق ـ على هذاالنحو ـ هى الحاسمة كذلك فى وضع القاعدة القانونية موضع التنفيذ (٦) .

الاتجاه الموضوعى فى تعريف الحق :

٦ ـ أما الاتجاه الثانى فى تعريف الحق ـ ويتزعمه الفقيه الألمـانى

---

(٤) مشار لهذه الأفكار فى كايزر ، المرجع السابق ص/٤٢٨ بند /٣ .

(٥) مشار اليه دابان ص ٥٧

(٦) راجع فى تفاصيل فكر فينشيد ، دابان ص/ ٥٩ .

اهرنج — فيقال له الاتجاه الموضوعى ، بالنظر الى آنه يواجه الحق من زاوية موضوعه أو الغرض منه ، فيعرفه لذلك بأنه « مصلحة يحميها القانون » (٧) .

ويركز اهرنج على هذه المصلحة ، ويعليها على تلك الارادة التى بدأ منها أنصار الاتجاه الشخصى تعريفهم للحق ، ما دام أن الحقوق — عنده — ليست تتقرر « لمجرد تحقيق فكرة الارادة المجردة ، وانما — على العكس — ما هى الا وسيلة لضمان مصالح الحياة ، والعون على حاجاتها ، وتحقيق أهدافها » (٨) ، (٩) .

غير أن تلك المصلحة ليست تكفي مع ذلك لتعريف الحـق ، وان شكلت العنصر الجوهرى أو الأساسى فى هذا الأخير ، ما دام آنها ليست تعدو — فى ذاتها — أن تكون مجرد « حالة واقع » un état de fait اذا لم يقم القانون بحمايتها كان من السهل على آى شخص — دون جزاء — أن ينال منها آو يغير فيها . وهكذا ينبغى أن يضمن القـانون لصاحب المصلحة انتفاعه بها ، فتغدو الحقوق — على هـذا النحو — « مصالح يحميها القـانون » intérets juridiqument protégés . وتدخل

---

(٧) مشار اليه فى دابان ص/ ٦٥ ؛ ويأخذ بذات التعريف :

Ripert (g) : abus ou relativité des droits. P. c. 1929 p. 57 no 21.

(٨) « pour réaliser l'idée de la volonté abstraite ، ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, a aider a ses besoins ، á realiser ses buts,,

مشار اليه فى كابزير ص/ ٤٤٩ .

(٩) وينبه ريبير — على نفس النسق — الي أنه بقدر ما يكفله الحق لصاحبه من مصلحة او ميزة بقدر ما يكون للحق من قيمة : « أما اذا لم يضف الى الحرية شيئا ، فانه لا يساوى — بدوره — شيئا » .

« s'il n'ajoutait rien á la liberté. il ne vaudrait rien ».

ريبير ، المرجع السابق ، ص/ ٥٧ بند ٢١ .

الموضوعى ـ الى جانب المصلحة ـ عنصرا شكليا من عناصر تكوين الحق يمكن أن يمارسها صاحب المصلحة ضد من يحاول الاعتداء عليها .

ومع ذلك ، فان اهرنج لا ينكر دور الارادة كلية ، وانما يسلم بهذا الدور فى تحديد الغايات التى يريد صاحب الحق الوصول اليها من استعمال هـذا الأخير ، والحاجات التى يريد اشباعهـا ، حين لا يكون القانون قد تدخل بشكل محدد وحاسم فى تحديد الطريقة التى ينبغى أن يستخدم بها هذا الحق . كما أن ارادة صاحب الحق هى سيدة التمسك به والدفاع عنه ضد من يعتدى عليه ، أو التنازل عنه والتخلص من هذه الحماية . لكن دور الارادة ـ فى كل هذه الأمور ـ ليس يعدو أن يكون دورا ثانويا بجانب ما يكفله الحق لصاحبه من نفع . « فقد يتصور أن يفيد شخص من حق ليس له ، أما أن يثبت لشخص حقـا دون أن يفيد منه فليس يمكن تصوره » (١٠) .

الاتجاه المختلط فى تعريف الحق :

٧ ـ وازاء ما استطاع أن يوجهه أنصار كل من الاتجاهين السابقين الى الاتجاه الآخر من انتقادات ، حاول بعض الشراح ـ كما هو المألوف ، دائما حينما يحتدم الخلاف بشأن تحديد بعض الأفكار القانونية ـ أن ينهج طريقـا وسطا ، يجمـع بين الاتجاهين السابقين ، فشكلوا لذلك ما يعرف بالاتجاه المختلط فى تعريف الحق .

ونقطة البداية عند أنصار هذا الاتجاه ، هى ضرورة الجمع فى تعريف الحق بين كل من عنصرى المصلحة والارادة . لكنهم تفرقوا ـ بعد ذلك ـ عند تقديرهم لأهمية كل عنصر بالنسبة للعنصر الآخر :

٨ ـ فالبعض ـ أمثال الفقيه ميشو ـ يعطى الأولوية للمصلحة ،

---

(١٠) « Jouir d'un droit sans en disposer peut se consevoir , disposer sans jouir est impossible »

مشار اليه فى دابان ص/٦٦ ؛ ولمزيد من التفاصيل فى فكر اهرنج راجع نفس المؤلف ص/ ٦٥ ، ٦٦ ؛ كايزير ص/ ٤٤٩ بند/ ٣ .

ومن ثم يعرف الحق بأنه : « مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص يحميها القانون ، حين يعترف لارادة ما بالقدرة على تمثيل هذه المصلحة والدفاع عنها » (١١) . لكن للارادة هي الأخرى أهميتها عنده ؛ فليس يقتصر دورها — كما يدعى أنصار الاتجاه الموضوعي — على مجرد « احتلال النطاق الذى يتركه القانون لها فى تحديد طريقة الانتفاع بالحقوق » (١٢) ، وانما — تحت لواء المصلحة — تتحرك الارادة بشكل ايجابى ، لتلعب دورها المزدوج سواء فى انشاء الحق أو الدفاع عنه عند الاعتداء عليه . وان كان لا يهم — بعد ذلك — أن تكون الارادة الممثلة للمصلحة هى ارادة ذات الشخص صاحب هذه الأخيرة ، وانما يمكن أن تكون ارادة شخص آخر ، ما دام أنه — لاعتبارات اجتماعية أو عملية — يسلم القانون لهذه الارادة بالقدرة على تمثيل هذه المصلحة (١٣) .

ويرفض سالى هذا الدور التبعى الذى ينسبه ميشو للارادة ، ويرى — على الأقل — ضرورة وصف هذه الارادة بالاستقلال d'autonome اشارة الى أن الأمر يتعلق بسلطة شخصية لصاحب الحق ، والا فانه مع هذا الدور التبعى تغدو حماية المصالح المعترف بها قانونا للأفراد مهمة السلطة البوليسية فى الدولة بما يعنى نفى فكرة الحق الشخصى من أساسها . فاذا ما كان ذلك ، بدا من الأولى عند سالى ابراز فكرة السلطة Le pouvoir فى تعريف الحق ، فهى خير ما يكشف عن خاصية هذا

---

(١١) « l'intérêt d'un. homme ou d'un groupe d' hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représentér et de le défendre,,.

مشار اليه فى دابان ص/ ٧٣ .

(١٢) مشار اليه فى دابان ص/٧٤ نقلا عن أهرنج .

(١٣) لمزيد اوفى من تفاصيل فكر ميشو راجع دابان ص/ ٧٣—٧٤؛ كابزير ص/٤٥٠ .

الأخير بحسبانه « أمرا حيا متحركا ، لا مجرد قوة ساكنة » (١٤) ، (١٥) .
وهكذا ينتهى سالى الى تعريف الحق بأنه « سلطة موضـــوعة فى خدمة مصالح ذات طابع اجتماعى ، تمارسها ارادة مستقلة » (١٦) ، (١٧) .

٩ — أما جيلينيك فقد أعلى الارادة على المصلحة ، ومن ثم يعرف الحق بأنه : « قدرة ارادية يعترف بها القانون ويحميها ، وتجد محلهـا فى مال أو مصلحة » (١٨) ، (١٩) .

نحو محاولة لتعريف الحق :

وبديهى أن يكون الاتجاه الشخصى فى تعريف الحـــق هدفا لنقد أنصار الاتجاه الموضوعى والعكس بالعكس . كما أن من شأن الاتجـاه المختلط أن يجمع — فى الواقع — بين ما وجه الى هذين الاتجاهين من انتقادات .

والتعريف الدقيق للحق هو الذى يبدأ — فى اعتقادنا — من زاوية جوهر الحق وقوامه ، لا ذلك الذى يتخذ من أمور أخرى ، كشخص صاحب الحق أو الهدف من هذا الأخير بداية له . كما أنه الذى يتحاشى

---

(١٤) « ... est quelque chose de vivant et non une force inerte,,. cité par Dabin p. 76.

(١٥) ويكتفى سالى بهذا الاصطلاح « السلطة » ، ويرفض أن يضيف اليه وصف « ارادية » الذى ينعته به أنصار الأتجاه الشخصى . فالحــق عنده « سلطة ليس الا » pouvoir tout court ؛ مادام من الثابت أن هذه السلطة قد تثبت لشخص ويستخدمها شخص آخر . راجع فى ذلك دابان ص/ ٧٦—٧٧ .

(١٦) « un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social. et exercé par une volonté autonome»

(١٧) لمزيد اوفى من تفاصيل فكر سالى راجع دابان ص/٧٦—٧٦، كايزير ص / ٤٥٠ .

(١٨) « ... la puissance de volonté humaine. reconnue et protégée par l'ordre juridique. et qui a pour objet un bien ou intérêt ». cité par Dabin p. 74.

(١٩) لمزيد من تفاصيل فكر جيلينيك راجع دابان الموضع السابق.

— فى نفس الوقت — أن يدخل فيـه ما لا يعتبر — فى الواقع — من عناصره ، وذلك على التفصيل التالى :

اولا : جوهر الحق هو الاستئثار بما يمثله من قيم :

١٠ — فجوهر الحق هو — فى الواقع — الاستئثار بما يمثله من قيم (٢٠) . ويقصد بالاستئثار فى هذا الصدد ، أن تكون القيم التى يمثلها الحق — على اختلاف أنواعها — ثابتة لشخص (أو أشخاص معينين) على سبيل الانفراد ، بحيث يمكن لهذا الشخص — على حد تعبير دابان — أن يقول بأن « هذا المـال أو هذه القيمة له » (٢١) . وهكذا ننظر الى الحق من زاوية جوهره ، وليس من زاوية شخص صاحبه أو الهـدف منه . « فذوى الشأن يكون لهم على القيم أو الأموال حقوقا ، لا لأن بامكانهم الانتفاع بهـا ،أو لأن لارادتهم القدرة على مباشرتها ، وانمـا بحسبان هذه الأموال — من زاوية ما — هى أموالهم ، تربطها بهم رابطة استئثار أو تملك (٢٢) .

غير أنه يستوى — بعد ذلك — أن يكون هذا الاستئثار مباشرا ، بمعنى أن الشخص صاحب الحق يصل الى ما بشأنه هذا الأخير من قيمة دون وساطة شخص آخر . وهو ما يصدق على ما يسمى فى الاصطلاح بالحقوق العينية (٢٣) ، بحسبانها سلطة مباشرة لشخص على شيء (كمالك يستأثر بمزايا الشيء الذى يملكه ، ويباشر عليه من السلطات ما يخوله القانون لمثله) ، أو أن يكون استئثارا غير مباشر ، لا يتأتى الا بتدخل شخص آخر ، وهو ما يصدق على ما يقال له فى الاصطلاح بالحقـوق الشخصية (٢٤) ، التى تقـوم على وجود رابطـة قانونية بين شخصين ،

---

(٢٠) ويشكل هـذا الاستئثار احـد الاصطلاح المركب الذى يعرف به دابان الحق ، حيث يرى فى هذا الأخير استئثار وتسلط appartenance maitrise

(٢١) دابان ص/ ٨١ .

(٢٢) دابان ص/ ٨٤ .

(٢٣) Droitr réels.

(٢٤) Droits personrels. Droits de créence

أحدهما صاحب الحق (الدائن) والآخر هو من يتحمل به (المدين) ، والتى بموجبها يكون الثانى ملتزما فى مواجهة الأول اما باعطاء شىء ، أو بالقيام بعمل أو بامتناع عن عمل .

كما يستوى أيضا أن تتمثل القيم ــ موضوع هذا الاستئثار ــ فى أشياء مادية خارجية ، كالعقارات أو المنقولات ، أو فى أشياء معنوية غير منفصلة عن شخص صاحب الحق ، كنتاج فكره أو ذهنه .

بل ان الاستئثار قد يرد على قيم مما لا يمكن تقديره بمال ، حين يطلق على هذا النوع من الحقوق اصطلاح حقوق الشخصية (٢٥) ، كالحق فى الحياة وسلامة الجسم .

غير أن التركيز على هذا الاستئثار لا يجوز ــ فى اعتقادنا ، وعلى عكس ما يراه دابان ــ أن يصل بنا الى حد القول بأن محل الحق ليس يقتصر على المنافع وانما يتمثل فى واجبات أو وظائف offices et fonctions . بمقولة ان من شأن بعض هذه الواجبات أو الوظائف أن تخول أصحابها حق الاستئثار بالاختصاص بها ومباشرتها بحرية تقريبا (٢٦) . فالواجب هو ــ فى الواقع ــ الوجه المقابل للحق ، وليس يستوى دائما الشىء وما يقابله . كما أن الاختصاص المنفرد بأداء الواجب ليس من شأنه ــ فى تقديرنا ــ أن يحول بذاته هذا الواجب الى حق . ولن تعد للحقوق من قيمة عملية لأصحابها ان اقتصر محلها على أداء الوظائف أو النهوض بالواجبات والأعباء . هذا اذا صرفنا النظر عما هو مسلم به من أن كل حق يقابله واجب عام يقع على عاتق جميع الأفراد فى المجتمع ويقضى بضرورة احترامهم لهذا الحق وعدم الاعتداء عليه (٢٧) .

---

(٢٥) Droits de la personnalité

(٢٦) ويمثل لذلك دابان بما ينفرد به الآباء والأمهات من حق فى السلطة الأبوية على أبنائهم ، وبوظيفة رئيس الدولة التى ينفرد بها شخص واحد . ويستأثره بلقيها . راجع ص/ ٨٤ــ٨٥ .

(٢٧) وبدون هذا الواجب العام بدوره ــ لن تكون للحق من قيمة عملية . راجع فى هذا المعنى د/ عبد الودود يحيى ، المدخل لدراسة القانون ط/ ١٩٧٦ ص/ ٢٤٧ .

وقد يقابله — فضلا عن ذلك — واجب خاص يقع على عاتق شخص معين (أو أشخاص معينين) يلتزم تجاه صاحب الحق بأداء ما يمثله هذا الأخير من قيمة . وهكذا يصعب — فى الواقع — مع التوسع الذى أعطاه دابان لفكرة الاستئثار — تحديد فكرة الحق . وتتوه — بالتالى — معالم هذا الأخـير .

الاستئثار هو الذى يميز بين الحق وما قد يقترب به من نظم :

وفكرة الاستئثار — على التحديد السابق — هى التى تميز بين الحق وما قد تقترب به من نظم ، كالحرية ، والرخصة ، والسلطة :

(ا) الحق والحرية Droit_Liberté :

١١ — فلما كان الحق يخول صاحبه مزية الاستئثار بما يمثله من قيمة ، فانه يضع صـاحبه — فى الواقع — فى مركز ممتاز عن غيره من الناس . وبذلك يختلف الحق — بالمعنى الدقيق — عن الحريات . تلك التى لا تعرف فكرة الاستئثار أو الانفراد . وانما يتمتع بها الكافة على قدم المساواة ، وتفترض وجودهم جميعا فى نفس المركز بالنسبة لهـا ، كحرية الزواج . أو حرية العقيدة . أو حرية السير فى الطرق العامة..الخ.

صحيح أن كل حق يخول صاحبه سلطة التصرف بحرية فى الشىء موضوعه . وأن هـذه الحرية هى التى تظهر سلطان صاحب الحق على الشىء موضوع هذا الحق [٢٨] .. وصحيح أيضا أن ممارسة الفرد لبعض حرياته قد يترتب عليه فى النهاية نشأة حق له (كحرية التعاقد تؤدى الى نشأة حـق الملكية) . لكن ليس معنى ذلك أن نسـوى — مع بعض الشراح — بين الحريات والحقوق بالمعنى الدقيق لمجرد أن هذه الحريات تكفل لصاحبها « القـدرة على عمـل معين وحمـاية القانون لهـذه القـدرة » [٢٩] وهمـا عنصرا الحـق عند هؤلاء الشراح [٣٠] هـذا

---

(٢٨) وهو ما أسماه دابان بالتسلط maitrise ويجعل منه العنصر الثانى من عناصر تكوين الحـق الى جـانب الاستئثار . واجـع دابان ص/ ٨٧—٩٣ .

(٢٩)، (٣٠) واجع جميل الشرقاوى ، مبادىء القانون ص/ ١٩١ .

فضلا عن أن ما استندوا اليه من حجج فى هذا الشأن ، ليس مما يصعب — فى تقديرنا — تفنيده •

فقد قالوا — من ناحية — بأن الاستئثار موجود كذلك فى الحريات العامة ، كحرية الاعتقاد مثلا ، ما دام أن كل شخص « له حياته وحرية اعتقاده الخاصة لا يستطيع أحد أن ينازعه فيها » (٣١) • واذا كان هذا الشخص لا يستأثر وحده بحرية الاعتقاد بأكملها ، فكذلك ليس يلزم للقول بثبوت حق الملكية لشخص ما أن يستأثر وحده بملكية الأراضى الزراعية كلها •

كما قالوا — من ناحية أخرى — بأن « المساواة التى تجعل حجة لنفى صفة الحق عن الحريات العامة ، من المتصور أن تتحقق بالنسبة لحق لا نزاع فى صفته . كحق الملكية »(٣٢) • ويمثلون لذلك بفرض ما لو التزمت الدولة بمنح جميع الأفراد فى المجتمع على السواء منازل للسكنى ، ويتساءلون عما اذا كانت صفة الحق عندئذ سوف تزول عن ملكية المنزل•

فأما عن الحجة الأولى ، فلم يقل أحد بأن الاستئثار ، مميز الحق ، لابد أن ينفرد به شخص واحد وعلى الحق بأكمله ، بمعنى أننا لا نكون مثلا بصدد حق دائنية الا اذا كان الشخص يداين وحده جميع الأفراد فى المجتمع ، أو بصدد حق رهن رسمى الا اذا كان الشخص يرتهن وحده جميع العقارات . أو بصدد حق ملكية الا اذا كان الشخص ينفرد بملكية كل الأشياء عقارات أو منقولات ••• الخ • فالحق — عملا — يثبت للعديد من الأفراد ، ولا يخل ذلك — بالقول — بأن كل منهم يستأثر بالقيم التى يمثلها هذا الحق ، ما دام أن هذا الأخير لا يثبت لجميع الأفراد فى المجتمع فى وقت واحد وعلى قدم المساواة •

---

(٣١) ، (٣٢) جميل الشرقاوى ، دروس فى أصول القانون (نظرية الحق) ١٩٧٠ ص ٢٩ ، ٣٠ بند ١٤ .

وأما عن الحجة الثانية فانها تنطوى — فى تقديرنا — على خلط بين حرية التملك وحق الملكية . فالمساواة التى يدعى أنصار هـذا الاتجاه وجودها فى حق الملكية انما توجد — فى الواقع — فى حرية التملك ، وقد سبق أن أشرنا الى أن استعمال الفـرد لحريته قد يترتب عليه فى بعض الأحيان نشوء حق له . هذا فضلا عن أن المثال المضروب فى هذا الصدد — فضلا عن نظريته — غير منتج فى التدليل على ما يريد أنصار هذا الاتجاه الوصول اليه . فلن تزول صفة الحق عن ملكية المنزل فى هذا المثـــال ؛ لأن الدولة سوف يستحيل عليها أن تفى بالتزامها هذا قبل جميع الأفراد على قدم المساواة فى كل شىء . وهـــذه المساواة الكاملة هى جوهـــر الحرية . أما لو وصلنا فى التعميم النظرى الى حد افتراض أن تقوم الدولة بتمليك كل فرد من لحظة مولده . ودون ما قيـــد ولا شرط ، منزلا ، له ذات المواصفات فى كل شىء . وله ذات القيمـــة المـــالية لمنازل الآخرين (بفرض ثبات القيم الاقتصادية للأشـــياء وهو أمر مستحيل) . فاننا لن نتردد — عندئذ فى تأكيد زوال صفة الحق عن هذه الملكية ، ان صح حتى تسميتها كذلك .

ان الحرية ليست — فى الواقع — سوى « مكنة معترف بها للشخص فى أن يفعل ما يروق له ، أو هى سلطة ذلك الشخص فى أن يتصرف حسب تقديره الشخصى » (٣٣) ، ومن ثم فانها تتميز عن الحق — بالمعنى الدقيق —

---

(٣٣) « possibilité reconnue à la personne de faire ce qui lui plaît, le pouvoir pour elle d'agir selon sa propre détermination ». Carbonnier t. 1. p. 25? no. 70

وقارن رينيه كابيتان ، الـذى يعرف الحرية بأنها « الحق المعترف به للفرد فى أن يتخذ . . . . . » .

« le droit reconnu à un individu d'acco[illegible] . . . »

مشار اليه فى :

Mazeaud (h. l. et j) par Juglart : leçon de droit civil 1972 t. 1. p. 209

بعـــدم تحديد أو وضوح محلها أو موضوعها (٣٤) . فهي ـ في الحقيقة مجرد أوضاع عامة غير منضبطة ولا واضـحة المعـالم . ومن ثم فليس يتصور أن يساءل الشخص بمقولة أنه أساء استعمال حريته (٣٥) . حين تتمثل الحقوق ـ على العكس ـ في قيم محددة ، يعترف بها القـانون لأصحابها بغية تحقيق أهداف محـددة . لذلك يكون من المتصـور أن يساءل صاحب الحق ليس فقط اذا هو خرج على حدود حقه ، وانما أيضا اذا حاد عن الهدف المحدد لهذا الحق . حين يقـال اذ ذاك أنه تعسف في استعمال هذا الأخير .

هذه الأوضاع العـامة (الحـريات) يعيش فيها جميع الأفراد في المجتمع على قدم المساواة (٣٦) ، وليس ما يمنع من ان يستعمل أكثر من فرد واحد ما تخوله هذه الأوضاع من مكنات ، في آن واحد ، دون أن يقع التعارض فيما بينها . حين يتمثل الحق في ميزة ينفرد بها صاحبـه ، وتفرض على جميع الأغيار ليس فقط أن يمتنعوا عن اعاقة صاحب الحق في استخدامه لحقه ، وانما أيضا عن مشاركتهم له في هذا الاستخدام . لذلك لا تنشأ الحقوق الا عن مصادر ترتكز الى قاعدة قانونية تقـررها وتبين شروطها (٣٧) . أما الحريات فليست في حاجة الى نصوص تشريعية تقررها ، وانما تستند الى المبـادىء العـامة (التى تعلو على القـواعد القانونية المحددة) ، تمليها الفطرة ، ويزكيها المنطق السليم بحسبانها من

---

(٣٤) راجع كايزير ص/ ٤٥٣ بند ٧ . ولذلك عرفتها المادة الرابعة من الاعلان الفرنسي للحقوق الصادر عام ١٧٨٩ ، تعريفا عاما بأنها : « القدرة على عمل كل ما لا يضر بالغير » .

راجع عدنان حمودي الجليل ، نظرية الحقوق والحريات العامة في تطبيقاتها المعاصرة ، رسالة القاهرة ص/ ٦١ .

(٣٥) روبييه . مشار اليه في [illegible] ص/ ٣١٢ .

(٣٦) « فدون مساواة لا يمكن أن تقوم حرية »

« Sans l'égalité la liberté ne pourrait subsister » ....

كاربونييه ص/ ٢٥٥ بند ٧١/ نقلا عن روسو .

(٣٧) فالملكية حق ، قد ينشأ اما عن : العقـد ، أو الاستيـلاء ، أو الالتصاق ... الخ ، وهذه جميعها مصادر يقررها القـانون ويحدد شروطها كطريق يمكن أن ينشىء الملكية .

الأمور اللصيقة بالطبيعة الانسانية نفسها (٣٨) .

وهكذا لم يجد كابيتان مفرا — حين خلط بين الحق والحرية(٣٩) — في اطار محاولته لتصنيف الحقوق العينية ضمن طائفة الحريات ، من أن يميز بين نوعين من الحريات : الحريات العامة التى تثبت للجميع ، ويمكنهم ممارستها جميعا فى آن واحد ، والحريات الخاصة التى تكفل لأصحابها « ميزة ينفردون بها على وجه الخصوص » (٤٠) . وقنع بتصنيف الحقوق العينية ضمن النوع الثانى من الحريات ، ولم يصل الى حد وضعها ضمن طائفة الحريات التى تثبت للجميع (٤١) . كما كان جوسران دقيقا حين نبه الى أن اصطلاح الحقوق لا يصح أن يطلق على هذه الحريات الا من قبيل التجوز فى التعبير (٤٢) .

(ب) الحق والرخصة : Droit_Faculté

١٢ — أشرنا الى أن الحريات هى أوضاع عامة غير منضبطة ، يتمتع الفرد فى ظلها بنوع من الاختيار غير المحدد ، ومن ثم فان نتائج ممارسة هذا الاختيار لا يمكن معرفتها مقدما . فحرية التعاقد ، على سبيل

(٣٨) لمزيد من التفاصيل فى التفرقة بين الحق والحرية ، راجع محاولة روبييه مشار اليها فى نعمان جمعه ص ٣١٠ — ٣١٣ ، وفى فكرة الحريات عامة ، رسالة عدنان الخليل سابقة الاشارة .

(٣٩) بمقولة أن الحريات « تتضمن الحق فى اتخاذ التصرفات التى تتصل بها ، وكذلك مجازاة اعتداءات الغير على هذه الحريات » .

« comportent le droit d'accomplir les actes qui se rattachent à ces diverses libertés et, comme corollaire, **la** répression des atteintes qui y sont portées par les tiers ».

مشار اليه فى جوجلار (دروس مازو جـ ١ ص ٢٠٩) .

(٤٠) « un avantage specialement reservé », « un prévilège exclusif ».

(٤١) راجع محاولة كابيتان فى هذا الشأن ، مشار اليها فى جوجلار (دروس مازو جـ/١ ص ٢٠٩) .

(٤٢) بحسبان هذه الحريات ، على حد قوله :

une virtualité de droit

مشار اليه فى كاربونييه ص ٢٥٢ بند ٧٠ .

المثـال ، قد يستخدمها الفـرد أو لا يستخدمها . واذا استخدمها فليس يعرف مقدما أى نوع من العقود سيبرمه ، وحين يختار نوعا معينا من هذه العقود فليس يعرف على أى محل سينصب هذا العقد ... الخ .

غير أن القانون قد يترك للفـرد فى بعض الأحيان خيـارا محددا بين بدائل محـددة ، وذلك اما بقصد انشاء مركز قانونى جديد أو التعديل فى مركز قانونى قائم ، حين يقال فى هذه الحالة أن هذا الشخص يتمتع بـ رخصة faculté . فالرخصة اذا هى « نوع من القدرة القانونيـة على الاختيار » (٤٣) .

ويمكن أن نمثل لهذه الرخص فى مجال انشاء المراكز القانونيـة ، بما يتركه القانون الفرنسى لأولياء النفس من خيار فى الموافقة على زواج أولادهم القصر أو فى رفض هـذا الزواج . وما يتركه القـانون المدنى المصرى لأشخاص محددين على سبيل الحصر من خيار — عند بيع عقار معين — بين الحلول محل مشترى هذا العقار فى علاقته بالبائع وأخذ المبيع بالشفعة ، أو ترك هـذا الأخير للمشترى (٤٤) . وكذلك الخيار المتروك للموصى له بين قبول الوصية أو رفضها . كمـا يمكن أن نمثل لهـا فى مجال تعديل المراكز القانونية القائمة ، بما يتركه القانون المدنى المصرى للشريك فى المـال الشائع من خيار بين البقاء فى الملكية على هذا النحـو أو طلب القسمة وتعـديل مركزه من مالك مع غيره الى مالك منفـرد لمـال مفرز .

---

(٤٣) « un sorte de possibilité légale d'option »
كاربونييه ص ١٤٨ بند ٤٠ ؛ أو فى تعريف أوفى « خيار متروك لشخص ... بمقتضاه يسمح له القـانون بأن يعدل من مركزه القـانونى وفقا لمصلحة وفى حدود هذه المصلحة » روبييه ، مشار اليه فى نعمان جمعة ص ٣١٣ .

(٤٤) والمـادة ٩٣٥ مدنى مصرى صريحة فى نعت الشفعة بهـذا الوصف ، حين قضت بانها « رخصـة تجيز فى بيع العقار الحلول محـل المشترى .... » .

غير أنه ــ حتى نكون بصدد ما يسمى بالرخص ، يلزم كما قلنا أن يكون القانون هو المصدر المباشر فى منح هذا الخيار . لذلك يخرج من اطار الرخص بالمعنى الدقيق ما قد يترك لأحد المتعاقدين ــ عند تنظيم هذين الأخيرين لآثار العقد وطرائق تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ــ من خيار بين بدائل معينة . ومثاله ما يقال له فى الاصطلاح « الالتزام التخييري » وكذلك « الالتزام البدلى » ، حين ينصب العقد فى الحالة الأولى على عدة محال (منزل وسيارة مثلا) ليكون للمدين أن يختار الوفاء بواحد منهما وتبرأ ذمته فى مواجهة الدائن . وحين ينصب العقد فى الحالة الثانية على محل واحد ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أوفى بدلا منه شيئا آخر ، ما دام أن مكنة الوفاء بالبديل قد صار الاتفاق عليها مقدما عند التعاقد (٤٥) .

وتقترب الرخصة من الحق ، من حيث كونها ــ مثله ــ تستند فى وجودها الى القانون ، ومن حيث ما تتمتع به ــ مثله ــ من تحديد ، ما دام أن ممارسة كل منهما تخضع لشروط وقيود وضعها القانون . لكنها تختلف عنه من حيث أن مجالها يكون فى مرحلة انشاء المراكز القانونية وليس فى مرحلة آثار هذه المراكز (٤٦) . ولذلك فان ممارسة الشخص للرخصة المتروكة له بحكم القانون ، قد يؤدى فى النهاية الى نشأة حق له بالمعنى الدقيق . مثال ذلك يختار الموصى له قبول الوصية ، أو يختار الشفيع الحلول محل المشترى وأخذ المبيع بالشفعة ، اذ فى الحالتين يصير الشخص صاحب حق ملكية على الموصى به أو العقار المبيع .

---

(٤٥) ونـنبه الى هذا القيد الأخير حتى لا يصير الخلط بين الالتزام البدلى والوفاء بمقابل ، حين يعرض المدين [illegible] الحالة الثانية [illegible] دائنه مقابلا جديدا ، « [illegible] يطرح عليه لأول مرة فكرة امكان قبوله بديلا عن محل الالتزام » راجع فى التفرقة بين الالتزام البدلى والوفاء بمقابل ، مؤلفنا « دروس فى أحكام الالتزام » (على الآلة الكاتبة) ، الخرطوم ١٩٧٦ ص ١٤٠ (محاضرات ألقيناها على طلبة كلية الحقوق فرع جامعة القاهرة بالخرطوم) .

(٤٦) راجع فى تفاصيل التفرقة بين الرخصة والحق ، روبييه مشار اليه فى نعمان جمعة ص ٣١٣-٣١٤ .

(ج) الحق والسلطة Droit – Pouvoir :

١٣ — وأخيرا ، قد يكون لشخص ما — قانونا — مكنة ادارة شئون غيره ، شخصية كانت هذه الشئون أو مالية (٤٧) ، حين يقال لهذه المكنة في الاصطلاح « السلطة » . ومثالها سلطة الأب على أبنائه ، وسلطة الولي أو الوصي في ادارة شئون القاصر ، وسلطة القيم في ادارة شئون المجنون ، وسلطة الرئيس الاداري في مراقبة مرءوسيه . وسلطة الوكيل في ادارة أموال موكله ... الخ .

وبديهي أن القانون لا يخول للشخص أن يتدخل في شئون غيره الا اذا كانت هناك ضرورة تستدعي مثل هذا التدخل ، هي — في الحقيقة — رعاية مصلحة هذا الغير . فسلطة الولي أو الوصي أو القيم انما تتقرر لمصلحة القاصر أو المجنون لعجز كل منهما — قانونا — عن ادارة شئونه الخاصة ؛ وسلطة الموظف الاداري في المرفق الذي يعمل به انما تتقرر لمصلحة هذا المرفق بما يعود في النهاية بالنفع العام .

وحين ينفرد الشخص بسلطة ما ، ويمارس ما تخوله هذه السلطة من قدرات ، يبدو وكأنه يقترب من مركز صاحب الحق . ومع ذلك فهناك فوارق هامة تبقى بين كل من الحق والسلطة .

فصاحب الحق يسعى — بمباشرة حقه — الى تحقيق صالحه الخاص ، ولا يتعدى في مباشرته لهذا الحق دائرة شئونه الخاصة ، شخصية كانت أو مالية ؛ حين تتقرر السلطة — على العكس — لا لمصلحة من يستخدمها وانما لمصلحة الغير ، خاصة كانت هذه المصلحة (حين تتقرر السلطة في اطار القانون الخاص) (٤٨) أو عامة (حين تتقرر السلطة في اطار القانون

---

(٤٧) راجع في هذا المعنى تعريف كاربونييه للسلطة بانها تلك التي :
« permet a un individu d'agir sus la personne ou le patrimoine d'autrui »
كاربونييه ج ١ ص ١٤٨ رقم ٤٠ .
(٤٨) كسلطة الوكيل (خاصة غير المأجور) في ادارة اموال موكله .

العـام) (٤٩،٥٠) .

ثم ان الحق - من بعد كل ذلك - ميزة يستأثر بها صاحبه ، حين تتمثل السلطة فى عبء أو واجب . ومن ثم فنحن لا نوافق على تعريف روبييه للسلطة بأنها « ميزة » أو « مصدر لتميز صاحبها وانتفاعه » ، اللهم الا اذا فهمنا التميز بمعنى الانفراد بما تخوله السلطة من مكنات . لكن هـذا الانفراد ليس يتقرر - أساسا - ليكون مصـدرا لانتفـاع صاحبه به ، وان عاد عليه منه نفع فى بعض الأحيان وبشكل غير مباشر . فسلطة الأب على أولاده - مثلا - تتمثل فى أعباء أو واجبات وليست مصـدرا لانتفاع الأب ، وسلطة الموظف الادارى تتمثل فى واجبـات أو أعباء تتقرر للنفع العـام وان عاد منها عليه نفع شخصى بشـكل غير مباشر يتمثل فيما يتقاضاه من مرتب . وهكذا فانه بينما يسهل على صاحب الحق أن يتنازل عما يخوله له الحق من ميزة أو نفع ، لا يجوز للأب - مثلا - أن يتنازل عن سلطته فى ادارة شئون أولاده ، لأنه - فى الواقع - مكلف بهذه السلطة على سبيل الواجب .

يجب ان يكون هذا الاستئثار على اساس من القانون :

١٤ - على أن الحقوق لا يتصور وجودها - بداهة - الا على أساس من الاعتراف القانونى بها . ومن ثم فاننا نعنى بالاستئثار هنـا ، ذلك الاختصاص أو الانفراد بتحصيل القيم فى ظل الارادة الشارعة ، والا كانت الغلبة للأقوى ، وسادت الفوضى فى المجتمع ، حين ينصب الفرد من نفسه صاحبا لحـق يتميز به على غيره من الأفـراد لا لشىء الا لأنه استطاع - بمنطق القوة - أن ينفرد دونهم بالاستئثار به .

---

(٤٩) كسلطة الموظف الادارى فى ادارة شئون المرفق الذى يعمل به

(٥٠) لذلك يرى ريبير ان الموظف الادارى الذى ينحرف بالسلطة عن هدفها لا يرتكب مجرد عمل تعسفى acte abusif ، وانما يرتكب عملا غير مشروع acte illicite يتمين ابطاله . راجع ريبير ، المقال سابق الاشارة ص ٥٧ هـ ٤ .

فضلا عن ذلك ، ما يقال له مزية الأولوية ، على ما سنرى فيما بعد [١٦] .

٣٨ — هــذا وتنقسم الحقوق العينية الى نوعين : حقوق عينية أصلية ، وحقوق عينية تبعية . وأساس هذا التقسيم — كما هو واضح من التسمية الاصطلاحية — أن النوع الأول من الحقوق مما يقوم بذاته مستقلا عن أى حق آخر ، ومما يكون — كذلك — مقصــــودا لذاته (كحق الملكية ، وحق الانتفاع ، وحق الارتفاق ... الــخ) ، حين أن النوع الثانى من الحقوق انما ينشأ تابعا لحق شخصى ، ولايكون مقصودا لذاته ، وانما يقصد به ضمان هذا الحق الأخير . ونعالج كلا من هذين النوعين فى فرع مستقل .

الفرع الأول

الحقــوق العينية الأصــلية

تعريف ، وتقســيم :

٣٩ — الحقوق العينية الأصلية هى — كما قدمنا — ذلك النوع من الحقوق الذى يقوم مستقلا بذاته ومقصودا لذاته . وتنقسم هذه الحقوق بدورها — وفقا لمضمونها وماتخوله صاحبها من سلطات الى نوعــين : حق الملكية ، والحقوق المتفرعة عن الملكية . ونعــالج كلا منهــا على استقلال على النحو التالى :

---

(١٦) ويرى بعض الشراح أن حق التقدم ، أو مزية الأولوية ، موجود فى كل الحقوق العينية ، بما فيها الحقوق العينية الأصلية « كل ما فى الأمر انه يأخذ مظهرا يختلف باختلاف نوعيها . فهو فى الحقوق العينية التبعية يظهر فى شكل أفضلية ، وفى الحقوق العينية الأصلية يظهر فى شكل أقوى واشد . هو الاستئثار وأبعاد المزاحمة » . عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٥ بند ١٦ ؛ وفى نفس المعنى أحمد سلامة ص ٨٧ هامش ١ . كما يتكلم البعض عن هذه الميزة بصدد الحق العينى بوجه عام : انظر مثلا :
CHEVALLIER (j) : Droit civil 3 ed 1967. p. 02

اولا : حق الملكية

تعريف الملكية ، ونوعاها :

٤٠ — الملكية هى الحق العينى الذى يخول صاحبه من السلطات ما يمكنه من الحصول على جميع منافع الشىء ، وذلك باستعماله واستغلاله والتصرف فيه (١٧) .

٤١ — فاذا كان ما ينتج عن الشىء كله من منافع ، وما تباشر عليه من سلطات ، لشخص واحد ، أطلق على الملكية فى هذه الحالة اصطلاح « الملكية المفرزة » وهـذه هى الصورة العـادية للملكية ، التى تتميز عما يطلق عليه « الملكية الشائعة » ، حين يجتمع على الشىء الواحـد أكثر من حق ملكية ، بحيث يكون لكل مالك من السلطات ما يمكنه من الحصول على مجرد نسبة من كل منافع هذا الشىء . وفى هذا الفرض الأخير يكون كل شخص مالكا بالمعنى الصحيح . ولا يصح أن ننفى — مع البعض — هـذا الحق بمقولة أن كلا منهم لم تعد له سلطة الاستئثار والتسـلط على الشىء ، مادام أنه يقتسم هذه السلطة مع شركائه ، أو بدعوى أن حق الملكية يفترض أن يكون لصاحبه أن يفعل بالشىء مايريده بما يستتبعه من ضرورة ألا تظهر على الشىء سوى ارادة خاصة وواحدة ، وهو مالا يتوافر فيما يسـمى بالمـلكية الشـائعة حتى فى حالة اتفـاق الشركاء . (١٨) فتعدد المـلاك لايخل — فى الواقع — بأن الشىء يخصهم

---

(١٧) لذلك « يختلط الحـق تقريبـا بالشىء نفسـه ؛ ذلك الذى يختلط — بدوره — بمالكه . ومن هنا جرى التعبير . شيئى أو ملكيتى ، بدلا من حق ملكيتى على هذا الشىء » . دابان ص ١٧٨ م

(١٨) فى هذا المعنى :

DE VAREILLES - SOMMIERES : De la Copropriété. R. C 1907 P. 534 ets No 11 et 12.

ويمثل لذلك بالآنية المحطمة ، حيث لا تعد — عنده — آنيـة ، مع أن كل أجزائها موجودة ، وكذلك بالدين بمبلغ نقـدى (مائة الف فرنك) اذا انقسم على وارثى الدائن ، حين يكون — فى تصوره — بصدد دائنين كل منهم بمبلغ (خمسين الف فرنك) لكن دين الـ مائة ألف فرنك لم تعد له من وجود . مع أنه فى الملكية الشائعـة لا ينقسم المحل — فى الواقع — على الشركاء ؛ وانما يكون كل منهم مالكا لنسبة فى كل ذرة من ذراته .

جميعا ، وأن لهم وحدهم الاستئثار والتسلط عليه ، بما يمكنهم وحدهم من الانتفاع به والتصرف فيه [١٩] .

مكنات حق الملكية :

تقضى المادة ٨٠٢ مدنى بأن « لمالك الشيء وحده — فى حدود القانون — حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » . ومنها يظهر أن حق الملكية يخول صاحبه كل ما يمكن تصوره على الشيء من سلطات وهى :

١ — الاستعمال :

٤٢ — ويقصد به الحصول على منافع الشيء ، دون ثماره ، وذلك باستخدامه بحسب طبيعته ، مع الابقاء على جوهره . ومثاله ، سكنى المنزل أو ركوب السيارة .. الخ .

وقولنا « دون ثماره » هو ما يميز الاستعمال عن الاستغلال ، الذى هو القيام بالأعمال التى تؤدى الى الحصول على ثمار الشيء . فاذا كان ركوب السيارة يعتبر استعمالا لها ، فان اداراتها كتاكسى يعتبر من قبيل الاستعمال . (وكذلك الحال فيما لو استغل المالك عقاره كفندق بدلا من سكناه) .

وقولنا « مع الابقاء على جوهر الشيء » هو ما يميز الاستعمال عن التصرف ، الذى يؤدى الى استهلاك الشيء كليا أو جزئيا . ومتى كان ذلك ، فاذا كان الشيء من الأشياء التى تستهلك بطبيعتها بمجرد أول استعمال لها (كالوقود مثلا) ، فيؤدى استعمالها بحسب ما أعدت له الى استهلاكها ، فانه لا يصلح محلا للحقوق التى تخول صاحبها مجرد الاستعمال وحده .

٢ — الاستغلال :

٤٣ — ويقصد به ،كما قدمنا ، القيام بالأعمال اللازمة للحصول على

---

(١٩) راجع فى هذا المعنى : دابان ص ١٧٩ .

ثمار الشيء ، دون مساس بأصل هذا الشيء . ويقصد بالثمار ما يغله الشيء في مواعيد دورية ، دون أن يترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشيء (كأجرة المنزل) . وهي بهاتين الخاصيتين (الدورية ، وعدم الانتقاص من الأصل) ، تتميز عن المنتجات ، ذات الصفة غير الدورية والتي تنتقص من أصل الشيء (كالمعادن المستخرجة من المناجم) .

والثمار نوعان : ثمار مادية ، وهي أما تنتج عن الشيء بفعل الطبيعة وحدها (كنتاج المواشي) ويقال لها — عندئذ — الثمار الطبيعية ، وأما تنتج عن الشيء بتدخل الانسان (كالمحاصيل الزراعية) ، فيقال لها — عندئذ — الثمار المستحدثة . ويقابل هذه الثمار المادية ، ما يقال له الثمار المدنية ، ويقصد بها ما يغله الشيء من دخل نقدي يلتزم به الغير في مقابل استفادته من الشيء (كأجرة الأرض ، أو المنزل ، أو السيارة) .

٤ — التصرف :

٤٤ — أما التصرف ، كسلطة يخولها حق الملكية لصاحبه ، فاما أن يكون تصرفا ماديا ، أي يلحق مادة الشيء المملوك ، وذلك باجراء تغيير أو تعديل فيها أو حتى باعدامها كلية [٢٠] ، وهي سلطة لا تثبت الا لمالك الشيء . واما تصرفا قانونيا ، وهو القيام بالأعمال القانونية التي تقضي على حق المالك كلية (كالهبة) ، أو تقيد مما له من سلطات على ما يملك (كالرهن) . وهو في الواقع ليس من خصوصيات حق الملكية ، اذ بامكان صاحب أي حق آخر ان يتصرف فيه بهذا المعنى .

خصائص حق الملكية :

٤٥ — ويتميز حق الملكية ، بتسليم جميع الشراح ، بأنه حق جامع total وذلك بالنظر الى أنه يخول صاحبه كل ما يمكن تصوره على الشيء من سلطات (استعمال ، واستغلال ، وتصرف) .

(٢٠) كاضافة طابق الى مبنى ، أو هدم طابق ، أو هدم المبنى كلية .

وفى هذا المعنى تقضى المادة ٨٠٢ مدنى بأن « لمالك الشيء وحده — فى حدود القانون — حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » .

ويظل وصف الملكية صحيحا ، ولو نقيدت سلطات المالك أو حرم من بعضها مؤقتا نتيجة وجود حق لغيره على ذات الشيء . فمالك الشيء — على سبيل المثال — اذا رتب عليه حق انتفاع لغيره ، فخوله بهذا الشكل على ما سنرى — سلطتى الاستعمال ، والاستغلال ، لا يغير بذلك من طبيعة حقه ، وانما يظل هذا الحق — ويسمى عندئذ ملكية الرقبة — مع وجود حق الانتفاع ، حق ملكية ، بدليل أنه يترتب على انقضاء هذا الحق المقرر للغير ، وهو موقوت بطبيعته ، أن يسترد المالك ، بقوة القانون سلطتى الاستعمال والاستغلال ، ويعود حق الملكية الى ماكان عليه ولا يعتبر المالك قد اكتسب ملكية جديدة .

هذا ولما كان الأصل فى الملكية أن تكون جامعة لكل السلطات سابقة الاشارة ، فانه يقع — بداهة — على من يدعى عكس ذلك ، بمعنى وجود حق له على ملك غيره (كحق ارتفاق مثلا) أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه (٢١) كذلك يقال بأن حق الملكية حق مانع ، ومطلق ، ودائم :

٤٦ — فأما أنه مانع Droit exclusif ، فلأن مزاياه مما يستأثر بها صاحب الحق وحده لا يشاركه فيها غيره ، بحيث يكون للمالك أن « يمنع الغير من استعمال ملكه ، ولو لم يعد عليه من ذلك أى ضرر (٢٢) .

---

(٢١) راجع محمود جمال الدين زكى : دروس فى الحقوق العينية الأصلية ٧٥ — ١٩٧٦ ص ٣٤ نقلا عن : بودرى لاكانتنرى وشوفو ؛ وكذلك عن أوبرى ورو .

(٢٢) جمال زكى (٧٥ — ١٩٧٦) ص ٣٤ — ٣٥ بند ١٥ ؛ وفى نفس : محمد على حنبولة : الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة رسالة (عين شمس) ١٩٧٣ ص ٤٨٢ ، ٤٨٣ وهو يبرز هذا الوصف بأن الأصل فى الملكية أن تكون تامة وخالية من التكاليف أو الارتفاقات القانونية أو الاتفاقية ؛ وبأنه لا يتصور أن يوجد حق ملكية تاما وكاملا وشاملا على نفس الشيء لشخصين مختلفين فى آن واحد .

غير أنه بالرغم من أن هذه الخاصية مما يظهر بوضوح من نفس صياغة المادة ٨٠٢ مدنى سابقة الاشارة ، والتى تقضى بأن « لمالك الشيء وحده ... » ، وبالرغم من تسليمنا أيضا بأن الملكية تخول صاحبها هذا الحق الاستئثارى ، الا أن هذه الصفة ليست — فى الواقع — من خصوصيات حق الملكية ؛ فجميع الحقوق الخاصة انما تثبت لصاحب الحق وحده .

وقد يقال أن طبيعة حق الملكية تقتضى — حتى يمكن للمالك أن يتمتع بملكه — ألا يتقيد فى ذلك بحق للغير ، حين أن الحقوق العينية الأخرى تترك مجالا لافادة آخرين غير أصحابها [٢٣] . غير أن هذا الاختلاف ، من هذه الوجهة ، بين حق الملكية وما عداه من الحقوق العينية الأخرى ، ليس — فى الواقع — الا نتيجة منطقية لكون حق المالك — كما سبق أن ذكرنا — يحيط بجميع مزايا الشيء ، وهو ما أسميناه ، بالحق الجامع [٢٤] .

٤٧ — وأما أنه مطلق Droit absolu فلأنه — عند البعض يخول صاحبه كل ما يمكن تصوره على الشيء من سلطات [٢٥] ، أو لأنه مما يمكن الاحتجاج به على الكافة [٢٦] .

غير أن صفة الاطلاق — بالمعنى الأول — ليست فى الواقع الا تكرارا لوصف الملكية بأنها حق جامع . كما أنها — بالمعنى الثانى — ليست من

---

(٢٣) كحق الانتفاع مثلا ، يتقيد بحق مالك الرقبة .

(٢٤) راجع فى هذا المعنى : منصور مصطفى منصور حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ١٩٦٥ ص ١٢ .

(٢٥) فى هذا المعنى : بيدان وفواران مشار اليهما فى منصور مصطفى [illegible] ص ١٢ ؛ محمد على عرفه ص ٢٠٩ بند ١٥٨ .

(٢٦) اشار الى هذا المعنى عبد المنعم البدراوى (١٩٧٣) ص [illegible] وان رآه مشتركا بين الملكية والحقوق العينية الأخرى . وراجع كذلك بيفلان — لانور ، الذى يضيف — كمظهر آخر لهذه الصفة — ما يخوله حق الملكية لصاحبه من مزيتى التتبع والاولوية . ص ٤٢ ؛ على أن يلاحظ أنه يبدو يسوى بين صفتى المنع والاطلاق فى حق الملكية .

خصوصيات حق الملكية ، كما سبق أن قدمنا . ولذلك فان غالبية الشراح الذى يستعملون هذا الوصف ، انما يقصدون بالاطلاق أن للمالك حريته المطلقة فى الانتفاع بما يملك على نحو ما يريد (٢٧) ، أو كما عبرت المجموعة المدنية الفرنسية ، أن ينتفع بالشيء ويتصرف فيه « بطريقة مطلقة الى أبعد حد » (٢٨) . وهى صفة من آثار تعاليم المذهب الفردى ، فقدت هيبتها فى العصر الحاضر بعد انتشار المذاهب الاشتراكية ، وما أدت اليه من كثرة القيود التى تحد من حرية المالك . لتفسح المجال لوصف جديد للملكية بأنها « وظيفة اجتماعية » (٢٩) ، وهو ما تحرز منه — بحق — بعض الشراح ، لما يتضمنه وصف للملكية بأنها (وظيفة) من انكار لفكرة الحق ذاتها ، وذلك لما بين مركز الموظف ومركز المالك من اختلاف جوهرى . ومن ثم نرى — مع هذا البعض — أن الأولى من ذلك أن يقال أن « للملكية وظيفة اجتماعية » . (٣٠) . فاذا ما كان ذلك ، فلا يعد هنالك من خصوصية لحق الملكية من هذه الوجهة بدورها ، مادام أن لكل حق من الحقوق الخاصة وظيفة اجتماعية .

٤٨ — وأما أنها حق دائم Droit perpétuel ؛ فلأن حق الملكية ذاته ، ولو تغير شخص المالك ، انما يبقى ما بقى الشيء ولا يزول الا بهلاكه (٣١) ، الأمر الذى يستتبع عدم امكان توقيت الملكية بمدة معينة تنقضى بعدها نهائيا دون أن تثبت لشخص ما ، وعدم زوال حق

---

(٢٧) فى هذا المعنى : بودرى لاكنتنرى وشوفو مشار اليهما فى منصور مصطفى منصور هـ/٣ ص/١٣ .

(٢٨) « Le droit de jouir et disposer des manière la plus absolue » art 544. C. civ.

(٢٩) من انصار هذا الوصف : محمد على عرفة : شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ج/١ ط ١٩٥٠ ص ١٩٩ وما بعدها [illegible]

(٣٠) منصور مصطفى منصور ص ١٥ ، وقد استخدم نفس التعبير (فى العنوان) ، عبد المنعم البدراوى حق الملكية ١٩٧٢ ص ١٠ بند ٦

وراجع فى نقد النظر الى الملكية باعتبارها محض وظيفة اجتماعية : حنبولة ص/٤٥٧ وما بعدها .

المـالك اذا تخلى عن الشيء بنية النزول عن ملكيته ، ما لم يكتسب هذه الملكية شخص آخر • أو لأنه — على العكس من الحقوق العينية الأصلية الاخرى — مما لا يسقط بعدم الاستعمال (٣٢) •

غير أن صيغة الدوام — بهذا المعنى أو ذاك — هى فى الواقع محل نظر من وجود عديدة ، مما لا تتسع له هذه الدراسة (٣٣)

وهكذا فان الصفة الوحيـدة التي تظفر باجمـاع الشراح ، لحق الملكية ، هو أنه حق جامع •

ثانيا : الحقوق المتفرعة عن الملكية :

٤٩ — ويقصد بها الحقوق التى تخول صاحبها جزءا من سلطات المـالك ، ومن ثم فهى تفترض أن يختلف شخص صاحبها عن شـخص مالك الشيء ، لأن ما يمارســه من سلطات انما يعـد — فى الواقع — اقتطاعا من سلطات مالك الشيء • وهذه الحقوق هي :

١ — حق الانتفاع •

٥٠ — وهو الحق العينى الذى يخول صاحبه من سلطات المالك ، سلطتى استعمال الشيء واسـتغلاله ، دون سلطـة التصرف التى تبقى لمـالك الشيء ، حين تسـمى ملكيته فى هذه الحالة — اصـطلاحا — بملكية الرقبة •

ويتميز هذا الحق بأنه موقوت بطبيعته • فهو ينتهى — أساسا — بوفاة صاحبـه ، الا اذا كانت قد حـددت له مدة فانه ينتهى بانتهائها

---

(٣١) ، (٣٢) : من هذا الرأي : بيفلان — لانور ص/٤٢ ؛ جمال زكى (٧٥ — ١٩٧٦) ص/٣٦ بند/١٧ ، ص/٣٨ بند/١٨ ؛ البدراوى (١٩٧٣) ص/٢٢ بند/١١ .

(٣٣) راجع فى ذلك منصـور مصطفى منصـور ص ٢٥ ب ٢٦ بند ٧ ، والاعتراضات المشار اليها فى حنبولة ص ٤٨٦ ، ٤٨٧ •

ولو كان المنتفع لا يزال حيا (٣٤) . كما أنه ينتهي — بداهة — بهلاك الشيء الذي يرد عليه (٣٥) ، وبعدم استعماله مدة ١٥ سنة (٣٦) .

٥١ — هذا وحماية لمالك الرقبة ، ألزم المشرع صاحب حق الانتفاع ، بأن « يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له ، وأن يديره ادارة حسنة » م ١/٩٨٨ . كما جعل « للمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء » ، ليكون للقاضي — في هذا الشأن — أن ينزع العين من تحت يد المنتفع « ويسلمها الى آخر يتولى ادارتها » ، أو حتى أن يحكم — عند الاقتضاء — « بانتهاء حق الانتفاع » م ٢/٩٨٨ . كذلك يلتزم المنتفع بـ « أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد » ليكون مسئولا « عن هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي اذا كان تأخر عن رده الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع » م ٩٩٠ . الى جانب التزامه ، أثناء انتفاعه ، « بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة » م ٩٨٩ .

٢ — حق الاستعمال ، وحق السكنى .

٥٢ — حق الاستعمال ، هو الحق الذى لا يخول صاحبه من السلطات سوى استعمال الشيء المملوك للغير ، وذلك فيما أعد له هذا الشيء ، كركوب السيارة أو زراعة الأرض ... الخ . ومن ثم فهو أضيق نطاقا من حق الانتفاع الذى يعطي صاحبه فضلا عن ذلك سلطة استغلال الشيء .

---

(٣٤) مادة ٩٩٤ مدني ، التي تضيف في فقرتها الثانية أنه « واذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته الى حين ادراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن » .

(٣٥) الا أنه ينتقل من هذا الشيء الى ما قد يقوم مقامه من عوض » م/٩٩٤ .

(٣٦) م — ٩٩٥

٥٣ - أما حق السكنى ، فانه أضيق نطاقا من حق الاستعمال ، لأنه لا يعطى صاحبه الا سلطة استعمال الشيء ، على وجه معين ، وهو سكناه .

ونطاق كل من حقى الاستعمال والسكنى محدود بموجب المادة ٩٩٦ « بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم » . كما أن كلا منهما لا يجوز النزول عنه للغير « الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى » م ٩٩٧ . وفيما عدا ذلك ، « تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين » .

٣ - حق الحكر .

٥٤ - هو حق يتقرر على الأراضى الموقوفة ، اذا كانت هنالك ضرورة أو مصلحة تقتضيه ، كأن تكون الأرض خربة تحتاج الى التعمير أو الاصلاح ، ولا يكفى ريعها للقيام به ، فيكون التحكير وسيلة الى تحقيقه ، وبشرط أن تأذن به المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة . كما يجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين . وأن يجرى شهره وفقا لأحكام قانون الشهر العقارى م/١٠٠٠ مدنى .

وهذا الحق يخول صاحبه (المحتكر) الانتفاع بالأرض التى يتقرر عليها ، عن طريق البناء عليها أو الغراس فيها ، ليمتلك « ما أحدثه من بناء أو غراس » ويكون له « أن يتصرف فيه ، وحده أو مقترنا بحق الحكر » م ١٠٠٢ . على أن هذا الانتفاع يكون لمدة لا تزيد عن ٦٠ سنة « فاذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة » م ٩٩٩ . وعلى المحتكر أن يؤدى الأجرة المتفق عليها الى المحكر . م ١٠٠٣ ، تلك الأجرة التى لا يجوز أن تكون بأقل من أجرة المثل . م ١٠٠٤ .

٥٥ — وينتهى حق الحكر ، بالتقادم المسقط • كما ينتهى بحلول الأجل المعين له • ولكنه — على خلاف حق الانتفاع وكل من حقى الاستعمال والسكنى — لا ينقضى بموت المحتكر اذا كان موته قبل حلول الأجل وبعد بنائه أو غراسه • أما اذا كان الموت قبل البناء أو الغراس ، فالأصل أن ينقضى حق الحكر ، الا اذا طلب جميع الورثة بقاءه • م ١٠٠٨ •

ولما كان الحكر لا يتقرر الا على الأراضى الموقوفة ، وكانت الأوقاف الأهلية قد ألغيت منذ ١٩٥٢ ، فان تطبيق نظام الحكر يكون مقصورا على الأراضى الموقوفة للأغراض الخيرية •

٤ — حق الارتفاق :

٥٦ — أما الارتفاق فانه « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » م ١٠١٥ ، فهو فى الواقع ، تكليف يتقرر على عقار ، يقال له العقار الخادم أو المرتفق به ، لمصلحة عقار غيره مملوك لشخص آخر ، يقال له العقار المخدوم أو المرتفق • ومثاله ، ما يتقرر للأرض المحبوسة عن الطريق العام ، من حق ارتفاق بالمرور فى أرض الجار الذى تطل أرضه على هذا الطريق وصولا اليه (وكذلك حق الشرب ، وحق المجرى ، وحق المسيل) •

وبالنظر الى الغرض من حق الارتفاق ، فانه يبقى ما بقى العقاران ، الخادم والمخدوم ، ولو تغير شخص مالك كل منهما •

٥٧ — هذا « وتنتهى حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا تاما ، وباجتماع العقارين فى يد مالك واحد » م ١٠١٦ • كما تنتهى — كذلك — بالتقادم المسقط لعدم استعمالها مدة ١٥ سنة م ١٠٢٧ ، وبتغير وضع الأشياء « بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق » • م ١٠٢٨ •

الفرع الثانى

الحقوق العينية التبعية

تعريفها ، والغرض منها :

٥٨ — الحقوق العينية التبعية ، هي تلك الحقـوق العينية التى لا تنشأ مستقلة بذاتها ، كما لا تكون مقصودة لذاتها . وانما تنشأ تابعة لحق آخر ، هو حق شخصى ، ويكون مقصودا منها ضمان الوفاء بهذا الحـق .

ونشأتها هـذه التابعة ، تجعلها مرتبطة فى وجودها بوجود الحق الشخصى الذى تضمنه . فاذا انقضى هذا الحق ، انقضت معه — بدورها — لاستنفاد الغرض منها .

٥٩ — والحقوق العينية التبعية وسائل قانونية هامة ، لتأمين حقوق الدائنين . وتعبيرا عن هـذا الهـدف ، فانه كثيرا ما يطلق عليها وصف « التأمينات العينية » .

ذلك أن الدائن ، بالرغم مما يقرره له القـانون ، من امكان جبر مدينه على الوفاء بحقه اذا لم يقم به اختيارا ، ومن جعل أموال هـذا المدين جميعها ضامنة للوفاء بهذا الحق (٣٧) ، لا يكون — فى الواقع — مطمئنا الى أنه عند حلول أجل الوفاء بهـذا الدين سوف يحصـل على كامل حقه ، لأن حق الضمان العام المقرر للدائن على جميع أموال المدين ، لا يكون من شأنه أن يقيه خطر احتمالين : احتمال تصرف المدين فى أمواله ، حتى اذا ما حل أجل الوفاء بالدين تكون قد خرجت من ذمته المـاليـة ، فلا يعد بامكان الدائن أن ينفذ عليها وقد آلت الى شخص آخر . بل انه حتى اذا لم يتصرف فيها ، فقد يرتب فى ذمته ديونا أخرى لدائنين آخرين ،

---

(٣٧) بمعنى أن للدائن أن ينفذ على جميع مافى ذمة المدين عند التنفيذ من أموال ، ولو كان بعض هذه الأموال لم يدخل هذه الذمة الا بعد نشأة حق الدائن أو حتى بعد حلول أجل الوفاء به .

يربو مجموعها على ما له من أموال ، فيعسر ، فلا يكون بامكان الدائن — عندئذ — أن يستوفى كامل حقه ، ما دام أن الدائنين الآخرين يشاركونه فى هـذا الضمان العام . ولا يبقى الا قسمة أموال المدين على الدائنين جميعا كل بنسبة حقه . وهى ما يقال لها — تبعا لذلك — قسمة الغرماء(٣٨) .

فاذا ما شاء الدائن حماية مؤكدة ، فان مثل هـذا الضمان العام لا يكفى ، وانما يلزم أن ينشأ له ضمان خاص على مال معين بالذات من أموال المدين ، يؤمنـه خطر الاحتمالين السابقين ، بمعنى أنه يكفـل له التنفيذ على هذا المـال ولو تصرف فيه المدين الى الغير ، فيعطيه بذلك مزية التتبع ، كما يكفل له أن يستوفى كامل حقه من ثمن هـذا المـال بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين أو الذين لهم ضمانات خاصـة مثله لكنها تاليـة فى نشوئها على ضمانه ، فيعطيه بذلك مزية الأفضلية . هـذا الضـمان الخاص ، بمزيتيه هاتين هو ما يطلق عليه الحق العينى التبعى .

انواعهـا :

٦٠ — وتتنوع الحقوق العينية التبعية ، بحسب مصدرها أنواعا ثلاثة : حق الرهن ، وهو يتقرر بمقتضى عقد ، وحق الاختصاص ، وهو يتقرر بأمر من القضاء ، وحقوق الامتياز ، وهى تتقرر بمقتضى نص فى القانون :

١ — **حق الرهن** ، وهو نوعان :

٦١ — (أ) الرهن الرسمى : وهو الحق العينى التبعى الذى ينشأ عن عقد رسمى يخول الدائن ، على عقار مخصص لوفاء دينه « أن يتقدم على

---

(٣٨) صحيح أن القانون المدنى قد كفل للدائن بعض الوسـائل للمحافظة على ضمانه العام (كالدعوى البوليصة ، ودعوى الصـورية ... الخ) . لكن هذه الوسائل قد لا تسعف الدائن فى الكثير من الاحيان لما تتطلبه من شروط أو ما تفرضه من عبء اثبات قد لا يمكن للدائن أن ينهض به

الدائنين العاديين ، والدائنين التالين له فى المرتبة ، فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون » م ١٠٣٠ مدنى . وأحد طرفى هذا العقـد هو - بداهة - الدائن المرتهن ، أما الطرف الثانى ، وهو الراهن ، فاما أن يكون المدين ، وهذا هو الغالب ، أو شخصا آخر يقدم العقار الذى يملكه ضمانا لدين على آخر للدائن ، حين يقال له فى هذه الحالة الكفيل العينى .

ويخلص من التعريف السابق أن هـذا النوع من الرهن لا ينعقد الا بورقة رسمية ، ولا يرد الا على عقار . ليخول الدائن المرتهن مزيتى التتبع والأولوية . غير أنه لا يستتبع - على العكس من النوع الثانى من الرهون أن يتخلى الراهن عن حيازة العقار المرهون . ولذلك يصبح من المفهوم ما تقضى به المـادة ١٤٠٧ مدنى من الزام « الراهن بضمان سلامة الرهن » .

ولما كان مايخوله الرهن الرسمى للدائن من مزيتى التتبع والأولوية مما يمكن أن يؤثر فى حقـوق الغير ، كان لابد من شهر الرهن ، بقيده فى السجل المعد لذلك بمكتب الشهر العقارى الذى يقع فى دائرته العقار المرهون ، حتى يمكن للدائن المرتهن أن يحتج به فى مواجهتهم .

٦٢ - (ب) الرهن الحيازى : هو الحق العينى التبعى الذى ينشأ للدائن بمقتضى عقد ، على منقول أو عقار ، ليخوله حبس الشىء الذى يرد عليه لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشىء فى أى يد يكون م ١٠٩٦ مدنى .

ويتميز هذا النوع من الرهن ،كما يظهر من تسميته ، بانتقال حيازة الشىء الذى يترتب عليـه ، من الراهن الى الدائن المرتهن أو من ينوب عنه ، ليبقى كذلك الى حين استيفاء الدين . ويختلف عن النوع السابق من الرهن فى أنه لا تشترط فيـه الرسمية لانعقاده ، وفى امكان أن يرد على كل من العقار والمنقول .

٢ ـ حق الاختصاص :

٦٣ ـ وهو حق عيني تبعي يترتب بأمر القاضي للدائن حسن النية الذي بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين ، على عقار أو أكثر من عقارات هـذا الأخير ، وذلك ضمانا لأصـل الدين والفـوائد والمصروفات . ٢/١٠٨٥ . وهو لا يختلف عن الرهن الرسمي الا في مصـدر ترتيبه ، أما فيما عدا ذلك فهو يرتب نفس آثار هـذا النوع من الرهن وبصفة خاصة ، مما يخول صاحبه مزيتي التتبع والأولوية .

٣ ـ حقوق الامتياز :

٦٤ ـ أما حق الامتياز فهو « أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته » م ١١٣٠ مدني . ليوصف الحق في هذه الحالة بأنه حق ممتاز وليكون لمن تقرر له ، أن يستوفي هذا الحق ـ استثناء على قاعدة تساوي الدائنين جميعـا فيما لهم من حق الضـمان العـام على أموال مدينهم ـ بالأولوية على هؤلاء الدائنين .

وهـذا الاستثناء لا يتقرر الا بنص ، ولاعتبارات تتعلق بالدين نفسه ، تمليها اما اعتبارات انسانية (كالامتياز المقرر للمبالغ المستحقة للخدم والعمال م ١١٤١ ـ أ) ، أو اعتبارات العدالة (كالامتياز المقرر على الشيء المبيع لضمان حق البـائع في الثمن . م ١١٤٥ ، ١١٤٧) ، أو اعتبارات المصلحة العامة (كامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العـامة م ١١٣٩) .

٦٥ ـ وترد حقوق الامتياز على كل من العقـارات والمنقولات ، وهي على نوعين : أما حقـوق امتياز عامة ، حين تقع على جميع أموال المدين ، فتخوله مزية الأولوية ولا تخوله ـ بداهة ـ مزية التتبع حيث لا ترد على مال محدد ، ومثالها الامتياز المقرر لضمان دين النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه م ١١٤١ ـ جـ . واما خاصة ، حين تقع على مال

معين للمدين ، تخوله مزية تتبعه ،كالامتياز المقرر للمؤجر على منقولات المستأجر الموجودة فى العين المؤجرة م ١١٤٣ .

خاتمة المطلب :

٦٦ — ويبقى أن نشير فى ختام دراستنا للحقوق العينية ، أن هذه الحقوق بنوعيها ، أصلية وتبعية ، قد وردت فى القانون على سبيل الحصر ، فلا يجوز بالتالى للأفراد الاتفاق على انشاء غيرها ، وذلك لتعلق هذه الحقوق ، من ناحية ، بالنظام العام ، حيث يقوم عليها — فى الواقع — بناء المجتمع الاقتصادى ، بما تمثله من قيم مالية هامة (الحقوق العينية الأصلية) ، وبما توفره من فكرة الائتمان والضمان فى المعاملات (الحقوق العينية التبعية) ، ولما تتميز به هذه الحقوق ،من جهة أخرى ، من صفة الاطلاق التى تجعل منها حجة على الكافة ، بما يستتبع — بداهة — ألا يكون بامكان الأفراد — اتفاقا — الزام الكافة باحترام حقوق لم يقررها القانون .

المطلب الثانى

الحقوق الشخصية (حق الدائنية)

Droit Peresnnels (Droit de créance)

التعريف بها ، وتمييزها عن الحقوق العينية :

٦٧ — الحق الشخصى (أو الالتزام) ، هو رابطة قانونية بين شخصين ، تخول أحدهما ، وهو الدائن ، أن يجبر الآخر ، وهو المدين ، على القيام بعمل أو امتناع عن عمل .

٦٨ — (أ) فهى ، من ناحية ، رابطة بين طرفين ، أحدهما الدائن ، والآخر المدين . اذا نظر اليها من ناحية الأول سميت حقا ، أما اذا نظر اليها من ناحية الثانى سميت التزاما . وفى هذا تختلف الحقوق الشخصية عن الحقوق العينية التى تتمثل — كما قلنا — فى سلطة مباشرة لشخص على شىء . ويتفرع على ذلك :

١ – أن صاحب الحق الشخصى لايستطيع – على العكس من صاحب الحق العينى – أن يقتضيه الا بوساطة شخص آخر ، هو – فى الأصل – المدين [٣٩] ، [٤٠] .

٢ – أن الحق الشخصى ، وهو يترتب للدائن فى ذمة مدين معين ، لا يعدو أن يكون حقا نسبيا [٤١] ، لا يلتزم به سوى هذا المدين ، حين أن الحقوق العينية حقوق مطلقة تنتج آثارها فى مواجهة الكافة ، ويمكن الاحتجاج بها عليهم .

٦٩ – والأصل فى هذه الرابطة أن تكون بين دائن واحد ومدين واحد . ولكن ليس ثمة ما يمنع من تعدد أطراف هذه الرابطة ، سواء فى جانبها الايجابى (جانب الدائن) أو فى جانبها السلبى (جانب المدين) . ويظل الأصل – حتى فى هذه الحالة – أن ينقسم الدين (أو الحق) ،

---

(٣٩) بل أن شخصية المدين قد تكون ذات اعتبار بالغ الاهمية بالنسبة للدائن ، حتى أنه لايجزىء هذا الاخير سوى أن يقوم المدين بالوفاء بنفسه ، وعندئذ فانه يحق « للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » م/٢٠٨ مدنى . ومثال ذلك التعاقد مع فنان معين لاحياء حفلة ، أومع اخصائى لاجراء جراحة ... الخ .

(٤٠) ونقول فى الأصل لأن الوفاء قد يقع من جانب الغير ، حين يلتزم الدائن بقبول هذا الوفاء ان كانت للغير مصلحة فيه (كالوفاء من جانب الكفيل) م/١/٣٢٣ ، وحين يكون له – فى الحالة العكسية – أن يقبل هذا الوفاء أو برفضه « اذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن هذا الاعتراض » م/٢/٣٢٣ .

(٤١) ويتفرع على ذلك أن الحق الشخصى (أو الالتزام) « لا يتصور وجوده بحال من الأحوال قبل تعيين المدين » شفيق شحاته ص ٢٩ بند ٣٠ .

ومع ذلك يرى بعض الشراح أن الاكتفاء فى تعريف الحق الشخصى بأنه علاقة قانونية بين شخصين محددين ، الدائن والمدين ، يتجاهل كلية واجب الاغيار فى الامتناع عن كل تدخل فى هذه العلاقة . وينبه – بالتالى – الى ان الالتزام السلبى العام الذى يفرض على جميع الأغيار احترام حق صاحب الحق يستحق – على الاقل – أن يجد مكانه فى تعريف الحق الشخصى . راجع :

GINOSSAR (S) : Pour une meilleure définition de droit réel et du droit dersonnel R·T 1962 p.574' 575 No 2

فلا يلتزم كل مدين الا بقدر حصته ، ولا يحق لكل دائن أن يستوفى الا قدر حقه .

ولكن قد يتضامن أطراف هذه الرابطة القانونية فى جانبها الايجابى فيكون من حق أى دائن أن يستوفى الدين كله نيابة عن بقية الدائنين ، أو فى جانبها السلبى ، فيكون من حق الدائن أن يطالب أى مدين بالدين كله ، فاذا أوفاه المدين برئت ذمته وذمم باقى المدينين فى مواجهة الدائن ، ليكون للموفى أن يرجع بعد ذلك على بقية الدائنين كل بنسبة نصيبه فى الدين . فالتضامن — بهذا الشكل — هو وصف فى الالتزام ، يجعل من حق أى من الدائنين المتعددين أن يستوفى الدين كله نيابة عن زملائه ، حين يقال عندئذ أن هناك تضامنا ايجابيا أو تضامنا بين الدائنين ؛ أو يجعل من حق الدائن أن يرجع على أى من المدينين المتعددين بكل الدين ، حين يقال عندئذ أن هناك تضامنا سلبيا أو تضامنا بين المدينين .

غير أنه لما كان التضامن — على هذا النحو — قد ورد على خلاف الأصل ، فانه لا يفترض ، بمعنى أنه لا يثبت الا بمقتضى الاتفاق ، صريحا كان أو ضمنيا متى كان هذا الأخير قاطع الدلالة فى معناه ، أو بنص القانون (فى التضامن السلبى) .

٧٠ — كذلك فان الأصل فى هذه الرابطة القانونية أن تكون محققة فى وجودها ومرتبة لالتزامات (حقوق) حالة . ولكن ليس ثمة ما يمنع كذلك — من أن يدخل وصف على هذه الرابطة ذاتها ، فيجعلها : اما غير محققة فى وجودها أو فى بقائها ؛ لأنه يربط هذا الوجود أو هذا البقاء بتحقق واقعة مستقبلة غير محققة الوقوع ، حين يقال أن الالتزام (الحق) فى هذه الحالة معلق على شرط (٤٢) ؛ أو يرجىء بداية تنفيذها أو يؤقت

---

(٤٢) فان كان الشرط يعلق الوجود سمى شرطا واقفا ، ومثاله : أن يعد أب ولده بمكافأة اذا نجح فى الامتحان . أما اذا كان يعلق البقاء سمى شرطا فاسخا ، ومثاله : أن يهب شخص لآخر منزلا على أن تفسخ الهبة اذا رزق فى المستقبل ولدا .

هذا التنفيذ لأنه يربط هذا وذاك بتحقق واقعة مستقبلة محققة الوقوع ، حين يقال أن الالتزام (الحق) فى هذه الحالة مضافا لأجل (٤٣) .

٧١ — (ب) هذه الرابطة محلها عمل أو امتناع ، يلتزم به المدين فى مواجهة الدائن . كالتزام الطبيب باجراء عملية لمريض (عمل) ، والتزام بائع المحل التجارى بعدم انشاء محل مماثل فى المنطقة التى يوجد فيها المحل الذى باعه (امتناع) . ويضيف — جانب من الفقه — الى محل هذه الرابطة نوعا ثالثا ، يقولون له الالتزام باعطاء شىء ، أى نقل أو انشاء حق عينى على عقار أو منقول (٤٤) ، ومثاله التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، حين ينتقد البعض الآخر التمييز فى محل الالتزام بين اعطاء شىء والقيام بعمل ، تأسيسا على أن الالتزام باعطاء شىء هو ، فى حقيقته ، التزام بعمل (٤٥) . انما لا يصدق هذا النقد — كما لاحظ البعض بحق — (٤٦) الا اذا كان محل الالتزام عقارا أو منقولا معينا بنوعه ، ذلك أن نقل الحق العينى أو انشاؤه فى هذين الفرضين يقتضى حقيقة القيام بعمل : المساهمة فى اجراءات الشهر فى الحالة الأولى ، وافراز المنقول فى الحالة الثانية . أما اذا كان محل الالتزام منقولا معينا بالذات ، فان مثل هذا النقد لا يستقيم ، ذلك أنه — فى هذا الفرض الأخير ، ينشأ الحق العينى على المنقول ، أو ينتقل ، فى لحظة نشوء الالتزام ، فلا تظهر فكرة العمل من جانب المدين .

---

(٤٣) فاذا كان الأجل يرجىء بداية التنفيذ ، سمى اجلا واقفا ، ومثاله أن يؤجر شخص لآخر منزلا على أن يبدأ الايجار فى السريان ليس من تاريخ التعاقد وانما بعد شهرين منه ، أما اذا كان يؤقت هذا التنفيذ فانه يسمى اجلا فاسخا ، كالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لحين حلول الأجل المحدد بالعقد .

(٤٤) راجع الفقه المشار اليه فى جمال زكى (نظرية الالتزام) ص١٦٣ هامش ٥ .

(٤٥) راجع مثلا ، السنهورى وأبوستيت ص ٢٧٠ بند ٢١٣ .

(٤٦) راجع جمال زكى (نظرية الالتزام) ص ١٦٣ — ١٦٤ بند ٩٧ .

٧٢ ـ ويتفرع على أن الحق الشخصى يرد على عمل أو امتناع وليس على شيء ، كما هو الحال فى الحق العينى :

١ ـ أنه لا يتصور أن يخول هـذا الحق صاحبه ما يخوله الحق العينى من مزية التتبع ؛ لأنه لا يرد على شيء مادى ، كالحـق العينى ، مما يمكن تتبعه •

٢ ـ أنه لا يخول صـاحبه مزية الأفضلية أو الأولوية ، ولو كان تاريخ نشأة الحق أسبق من تواريخ تشوء حقوق الدائنين الآخرين ؛ لأن هذا الحق ـ على العكس من الحقوق العينية التبعية ـ لا يتركز على مال معين للمدين يخوله الاستئثار بما يكفله هذا المـال من ضمان • ولذلك فاذا تعدد الدائنون بحق شخصى ، كانوا متساوين فيما بينهم فى استيفاء حقوقهم من أموال المدين ، حتى اذا ما كان هذا الأخير معسرا ، اقتسموها فيما بينهم قسمة غرماء كل بنسبة نصيبه • أما صاحب الحق العينى التبعى، فان له ضمانا خاصا على مال معين من أموال المدين ، الى جانب ماله ـ مع الدائنين الآخرين ـ من حق الضمان العام • الأمر الذى يجعل له أن يستوفى حقه من ثمن هذا المـال المخصص لضمانه الخاص ، بالأولوية على غيره من الدائنين •

٧٣ ـ والأصل فى محل هذه الرابطة أن يكون موضوعا واحـدا محددا • غير أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يتعدد هذا المحل اما : منذ بداية نشأة هذه الرابطة ، حين يسمى الالتزام (الحق) فى هذه الحالة بالالتزام التخييرى ؛ أو عند التنفيذ ، حين يسمى الالتزام (الحق) فى هذه الحالة بالالتزام البدلى •

٧٤ ـ وفيما بين شخصى الرابطة القانونية ومحلها ، تختلف نظرة الشرائع الى الالتزام (الحق) • فبعضها ـ وهـو الشرائع اللاتينية ـ يعطى الأهمية أو الأولوية لطرفى الرابطة أو شخصيها • أما البعض الآخر ـ وهو الشرائع الجرمانية ـ فانه يعطى الأهمية لمحل هـذه الرابطة ،

ويعتبر هذا المحل ، بما يمثله من قيمة مالية ، هو العنصر الأساسى فى الالتزام •

وواضح أن النظرة الأولى (ويقال لها المذهب الشخصى فى النظر الى الالتزام) لا تسمح بتفسير كثير من الأنظمة القانونية المسلم بها فى الوقت الحاضر • فليس يسهل معها — على سبيل المثال — تغيير شخص المدين على الدائن (بما يسمى فى الاصطلاح حوالة الدين) ، أو حتى تغيير شخص الدائن على المدين (بما يسمى فى الاصطلاح حوالة الحق) • كما أنه لا يتصور — كذلك — معها أن ينشأ الالتزام مستندا الى المدين وحده اكتفاءً بوجود الدائن وقت تنفيذ هذا الالتزام • حين يمكن — بسهولة — الوصول الى هذه النتائج فى ضوء النظرية المادية للالتزام ، ما دام الهام فيها هو محل هذا الالتزام بما يمثله من قيمة وليس أطرافه (٤٧) • ويقوم التنظيم القانونى فى مصر على الجمع بين هذين المذهبين •

٧٥ — (ج) وهذه الرابطة — أخيرا — موقوتة ، وذلك بالنظر الى ما يمثله الالتزام من قيد يثقل كاهل المدين ، بما يستوجب أن يكون مصيره الحتمى الى الزوال ؛ لأن من شأن بقائه فى ذمة المدين طيلة حياته ، أن يعتبر من قبيل المصادرة لحريته الشخصية • وهكذا تنقضى الحقوق الشخصية بالعديد من الأسباب ، ومنها سقوط هذه الحقوق اذا قعد صاحبها عن المطالبة بها — على امكان هذه المطالبة — مدة معينة •

وفى هذه الصفة الأخيرة ، يقترب الحق الشخصى من معظم الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ، ومن جميع الحقوق العينية التبعية ، حين يختلف فيها — بالمقابلة — مع حق الملكية الذى يتميز بأنه حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال ، وان أمكن أن يكتسب من صاحبه بالتقادم المكسب •

---

(٤٧) فالتنظيم القانونى يعرف الآن فكرة الحوالة بنوعيها (حوالة الدين وحوالة الحق) ، وكذلك فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، والوعد بجائزة ... الخ • • •

خاتمة المطلب : محاولة التقريب بين الحق العينى والحق الشخصى :

٧٦ ــ والتفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ــ استنادا الى الاختلاف بين جوهر ومضمون كل منهما ــ انما هى ــ فى الواقع ــ تفرقة تقليدية قديمة ترجع الى عهد القانون الرومانى ، ولا تزال باقية حتى وقتنا الحاضر • بل انها تفرقة أساسية فى القانون المدنى المصرى ، يقوم عليها تقسيم نفس التقنين (٤٨) •

ومع ذلك فقد تعرضت هذه التفرقة ــ حينا ــ الى محاولة للهدم من جانب بعض الشراح • كان رائد بعضهم تقريب الحق العينى من الحق الشخصى ، والنظر ــ بالتالى ــ الى جميع الحقوق بحسبانها حقوقا شخصية ، ما دام أن الحق العينى هو الآخر ــ فى نظر أنصار هذا الاتجاه ــ لا يعدو أن يكون رابطة قانونية بين طرفين ، دائن ومدين ، كل ما فى الأمر أن الطرف الأخير فى الحق العينى هم الناس كافة عدا صاحب الحق • وأن هؤلاء الأخيرين يلتزمون بالتزام سلبى محض هو الامتناع عن الاعتداء على حق صاحب الحق أو عن كل ما من شأنه أن يعكر حيازته الهادئة له (٤٩) • حين كان رائد البعض الآخر ــ على العكس ــ تقريب الحق الشخصى من الحق العينى ، والنظر ــ بالتالى ــ الى جميع الحقوق بحسبانها حقوقا عينية ، ما دام الهام فى الحق الشخصى ــ بدوره ــ هو قيمته المالية ، لا طرفية ، فيدخل ــ بالتالى ــ كالحق العينى عنصرا فى الذمة المالية ترد عليه سائر التصرفات التى يمكن أن

---

(٤٨) فالتقنين المدنى المصرى يبدأ بباب تمهيدى (يتضمن أحكاما عامة فى القانون وتطبيقه ، وفى الأشخاص ، وفى تقسيمات الأشياء والأموال المواد من ١ ــ ٨٨) ، ثم ينقسم بعد ذلك الى قسمين رئيسين ، الأول خاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية (المواد من ٨٩ ــ ٨٠١) ، والثانى خاص بالحقوق العينية (المواد من ٨٠٢ ــ ١١٤٩)

(٤٩) وقد راد هذه المحاولة الفقيه الفرنسى بلانيول ، راجع عرض تفصيلى لهذه المحاولة فى جوجلار (دروس مازو) مجلد ١ ص ٢٠٣ ــ ٢٠٧ البنود ١٦ ــ ١٦٨ ؛ أحمد سلامة ص ٨٨ ــ ٩٠ بند ٤٦ .

ترد على الحق العينى (٥٠) .

غير أن تلك المحاولات ــ كما قلنا ــ قد باءت بالفشل ، ذلك أن أفكار أنصارها انمــا كانت تستند الى حجج من السهل دحضها ، بمــا لا تتسع له ــ فى الواقع ــ هذه الدراسة (٥١) ، (٥٢) .

---

(٥٠) وقد راد هذه المحاولة الفقيه سالى، راجع عرض هذه المحاولة فى برهام عطا الله ص ١٩٤ ــ ١٩٤ .

(٥١) راجع فى هذه الانتقادات : جوجلار (دورس مازو) مجلد ٢ ص ٢٠٤ بند ١٦٦ ، ص/٢٠٧ بند/١٦٩ ؛ الصدة ص/٨ ــ ١٠ البنود / ٥ ــ ٦ ؛ شفيق شحاته ص/٣٠ــ٣١ البنود ٣٢، ٣٣ ؛ أحمد سلامةص.٩٠ وما بعدها بنــد ٤٧ .

(٥٢) راجع عرض لمحاولة جينوسار فى التدليل على عدم وجود ما يسمى بالحق العينى . وان الحقوق المــالية جميعها اما حقوق ملكية او حقوق شخصية (دائنية) وكيف أن هذه الأخيرة لا تعدو فى ذاتها أن تكون نوعا من انواع الملكية وان ما يسمى بحق الملكية العينى le droit reél de propriété ليس سوى مجرد ملكية لأشياء مادية ، حين ان ما يقال له الحقوق العينية الارادة على شىء مملوك للغير (أصلية كانت هذه الحقوق أو تبعية) ، لا يعدو أن يكون طائفة خاصة من طوائف الديون اوالالتزامات، فى :

DABIN (j) : une nouvelle définition du droit réel. R.T 1962 p. 20 - 26

وراجع فى التعليق على هذه المحاولة ، نفس المؤلف ص/٢٧ ــ ٤٤.

وقد أكد جينوسار وجهة نظره فى دخول حق الدائنية ضمن طائفة حقوق الملكية فى مقال لاحق ، حين قرر :

« il suffit ..... de traiter la créance comme un bien incorporel, objet de propriété au méme titre que les biens corporels »

جينوسار مقال ١٩٦٢ سابق الاشارة ص/٥٧٦ بند/٣ . بل ويرى أن قواعد الملكية هى التى تطبق لتحديد نطاق سيادة الدائن على دينــه ، راجع ص/٥٧٩ بند/٥ .

المطلب الثالث

الحقوق الذهنية (المختلطة)

* Droits intellectuels (mixtes)

التعريف بالحقوق الذهنية (المعنوية) ، وانواعها ، تحديد :

٧٧ ـ هـذا وليست تقتصر الحقـوق على ما يرد على الأشياء المـادية ، انما تقتضى ضرورة احترام الكيان الانسانى ، الاعتراف للفرد بحقه على نتاج فكرة أو ذهنه ، حين يقال لهذا النوع من الحقوق ، الذى يرد ـ بهذا الشكل ـ على أشياء غير مادية ، أو فى عبارة أخرى على أشياء معنوية ، الحقوق الذهنية .

٧٨ ـ وبديهى أن نتاج الفكر لا تحده حدود ، ومن ثم فان حسن السياسة التشريعية يقتضى ترك هذه الحقوق لتنظمها قوانين خاصة تتناسب والأشكال المختلفة التى يمكن أن يتمثل فيها هذا النتاج . وهذا ما سلكه بالفعل المشرع المصرى ، حين قضى فى المـادة ٨٦ مدنى بأن« الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » .

غير أنه مع تنوع نتاج الفكر على نحو ما تقـدم ، الا أنه يمكن تصنيف هذا النتاج بحسب الميدان الذى يعمل فيه العقل الانسانى :

(أ) فقد يتصل هذا النتاج بالميدان الصناعى أو التجارى ، حين يبتكر الفكر اختراعا جـديدا قابلا للاستغلال الصـناعى ، أو رسما

(*) سوف تظفر هذه الحقوق بدراسة أوفى مما ظفرت به كل من الحقوق الشخصية والحقوق العينية ، فى هذا الكتاب ، بحسبان هـاتين الأخيرتين موضوع دراسة تفصيلية فى السنتين الثانية والرابعة ، حين لن يعود طالب السنة الأولى لدراسة الحقوق الذهنية (حق المؤلف) فى سنوات أعلى .

أو نموذجا صناعيا تفرغ فيه المنتجات لسهولة تداولها تجاريا ، أو علامة أو بيانا تجاريا يميز منتجات من نوع معين عن غيرها من ذات النوع ، أو اسما تجاريا يميز منشأة تجارية عن غيرها من المنشآت • حين يقال لهذه المبتكرات الجديدة فى الاصلاح « الملكية الصناعية والتجارية » •
وقد نظم المشرع المصرى هذه المبتكرات بقوانين خاصة • فالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ ينظم العلامات والبيانات التجارية ، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ ينظم براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، على حين ينظم القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الأسماء التجارية •

وحقوق الملكية الصناعية والتجارية ، على التحديد السابق ، والقوانين المنظمة لها ، هى من الموضوعات التى تخرج من اطار هذه الدراسة ، فهى تدخل فى موضوعات القانون التجارى •

(ب) وقد يتصل نتاج الفكر بميدان العلوم والفنون والآداب ، حين يسمى المبتكر — فى هذا الميدان — بـ المؤلف ، ويطلق على حقه فى الاصلاح ، للمقابلة بينه والملكية الصناعية والتجارية ، « الملكية الأدبية والفنية » • وقد نظم المشرع المصرى حق المؤلف بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ •

٧٩ — وتتميز هذه الحقوق جميعها — على ما سنرى — بالجدة والابتكار ، الأمر الذى يجعلها جديرة بالحماية القانونية ، تلك الحماية التى ترتكز — كما سبق أن قلنا — الى أساس من ضرورة احترام الشخصية الانسانية فى مظاهرها المختلفة ، ومنها نتاج الفكر •

غير أنه لا يصح التركيز على هذا الأساس وحده ، واهمال شرط الجدة والابتكار ، الذى يميز هذه الحقوق ، والا ضاعت معالمها واختلطت بما يسمى فى الاصطلاح بـ حقوق الشخصية ، ومن ثم فنحن لا نوافق على

التعميم الذى أبداه البعض (٥٣) حين أدخل فى مفهـوم الحقوق الذهنيه (أو المعنوية) الحقوق التى ترد على ما يميز الفرد عن غيره من الأفراد فى المجتمع ، ويقصد بذلك الاسم المدنى والاسم المستعار . ففضلا عن أن الاسم المدنى لا يختاره الانسان لنفسه (من حيث الأصل) (٥٤) ، فان كلا من هـذا الاسم والاسم المستعار يفتقر — فى الواقع — الى شرط الجدة أو الابتكار ، فما أسهل أن يجرى الفرد ترتيبا لعدة أحرف حتى يكوّن اسما مختلفا . وعندئذ فقد يكون من المبالغ فيه أن نصف هذا الشخص بأنه مخترع أو مؤلف . كما أنه من غير المتصور أيضـا ، أن يكون لهذا الشخص احتكار استعمال هذا الاسم ، حين تعطى الحقوق الذهنية ، سابقة الاشارة ، فى حدود معينة الحق فى الاستغلال الاستئثارى .

٨٠ — وهكذا تقتصر دراستنا للحقوق الذهنية ، على حق المؤلف ، فهو وحده الذى يدخل فى اطار موضوع هذه الدراسة .

حق المؤلف ، المقصود به ، وشروطه :

٨١ — قلنا أن المقصـود بالمؤلف ، هو من يقـدم انتاجا فكريا مبتكرا ، فى مجال العلوم أو الفنون أو الآداب . ويقال لهذا الانتـاج الفكرى فى الاصطلاح « المصنف » .

---

(٥٣) انظر مثلا دابان ص ١٩٠ : وانظر أيضا نفس المؤلف الذى يضع الاسم المدنى جنبا الى جنب مع الاسم التجارى ضمن الحقوق الذهنية.
DA'IN (j) : Les d'oits intellectuels comme categorie juridique. R. T. 1939 p. 414 No 2
وبالمقابلة ، ينتقد البعض اطلاق وصف الحقوق الذهنية على الحقوق التى ترد على اشيئاء معنوية ، لانه اذا كان ينطبق على حـق المخترع أو حـق المؤلف ، فانه لا ينطبق على الاسم التجارى أو العلامة التجارية : راجع :
ROUBIER . Droits intellctuels Ou driot de clientéle. R. T 1935 p. 286.

(٥٤) لأن للفرد أن يغير اسـمه المدنى ، لكن وفقا للشروط والاجراءات التى رسمها القانون ، على ما سنرى فيما بعد عند دراستنا للاسم كأحد عناصر الشخصية .

٨٢ ــ وبديهى أن ما يدور فى ذهن الشخص من أفكار ،مهما بدت قيمتها ، لا يمكن أن يكون محلا للحماية القانونية ، طالما بقيت حبيسة ذهن صاحبها . انما تكون محلا لهذه الحماية اذا خرجت الى العالم الخارجى بالتعبير عنها (٥٥) . ويقال لهذا التعبير فى الاصطلاح «النشر» . وهذا الأخير ، لا انشاء المصنف ، هو الذى يولد حقوق المؤلف (٥٦) . وعلى ذلك ، فطالما بقى المصنف دون نشر « بين الجمهور الذى عمل من أجله ، فانه لا يمكن اعتباره منفصلا عن الفكر الذى يتولد عنه » (٥٧) على أن يكون من المفهوم أننا نعتمد فى تحديد مفهوم النشر فى هذا الموضع ، معيار امكان العلم بالمصنف من جانب الغير . ومن ثم فنحن اذا كنا مع بعض الشراح فى عدم لزوم أن يعلن المصنف على الملأ ، الا أننا لا نوافق ــ بالمقابلة ــ على ما يكتفون به من أن « يتجسم المصنف وينفصل عن ذهن صاحبه » (٥٨) . والأحكام الخاصة بحماية حق المؤلف عند الاعتداء عليه ، مدنية كانت هذه الحماية أو جنائية ، بل وفكرة الاعتداء ذاتها ، لا تفهم الا اذا كان بامكان الغير العلم بالمصنف . حين أن هذا الأخير قد يتجسم وينفصل عن ذهن صاحبه فى بعض الحالات ، دون أن يكون بامكان الغير العلم به .

وصاحب الفكرة هو الذى يقدر ــ بداهة ــ مدى صلاحيتها للخروج الى حيز الوجود (أى نشرها) ،كما أنه هو الذى يختار لها ــ من ناحية أخرى ــ طريقة التعبير عنها والصورة التى تخرج فيها .

وتتعدد ــ فى الواقع ــ طرائق التعبير عن الفكرة :

٨٣ ــ فقد تظهر هذه الأخيرة عن طريق الكتابة ، أو الصوت ،

---

(٥٥) راجع فى هذا فى المعنى ، البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٦٥ بند ٢٦٥

(٥٦) ، (٥٧) توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٩١ ؛ وفى نفس المعنى عبد الودود يحيى ص ٢٧١ .

(٥٨) أحمد سلامه ص ٩٨ بند ٥٠.

أو الرسم ، أو التصوير ، أو الحركة (٥٩) ، ومثال ذلك : المصنفات المكتوبة كالقصة والكتابة ، والمصنفات السمعية ، كالمحاضرات والمقطوعات الموسيقية ، والمصنفات المرسومة ، كالتابلوهات ، والمصنفات المرئية ، كالأفلام السينمائية ، والمصنفات الحركية ، كالمسرحيات ... الخ .

٨٤ — والصورة الطبيعية التى يخرج عليها المصنف ، هى الصورة التى يكون هذا الأخير فيها من عمل شخص واحد ، أو فى عبارة أدق منسوبا الى مؤلف واحد . وينسب المصنف الى صاحبه ، اما بذكر اسمه عليه (حقيقيا كان هذا الاسم أو مستعارا) ، أو أية علامة خاصة لا تدع مجالا للشك فى التعرف على شخصيته (٦٠) ، حين تعتبر نسبة المصنف الى هذا الشخص قرينة على أنه صاحبه الى أن يقوم الدليل على عكس ذلك (٦١) ، بمعنى الا اذا قدم شخص آخر الدليل على أنه صاحب المصنف الذى آثر أن ينشره باسم شخص آخر .

ومع ذلك فليس ما يمنع من أن يكون المصنف مشتركا ، أو جماعيا ، أو مركبا :

(١) المصنف المشترك : L, oeuvre de colláboratien

٨٥ — وهو ذلك المصنف « الذى يساهم فى اخراجه أكثر من شخص طبيعى » (٦٢) . وقد يثير هذا النوع من المصنفات اشكالات تتعلق بتحديد القدر الذى يقع عليه حق كل من المشتركين فيه ، فى استغلاله

---

(٥٩) م/٢ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٤٥

(٦٠) م/١ من القانون سابق الاشارة

(٦١) م/١/٣ من القانون سابق الاشارة .

(٦٢) « à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques ».

جوجلار (دروس مازو) جـ١ ص٦٩٠ بند٦٢ . وترى فيه محكمة النقض الفرنسية نوعا من الملكية المشتركة بين مؤلفيه . راجع حكم نقض تجارى ١٩٧٠/٣/١٨ مشار اليه فى نقس الموضع هامش ١

وفى كيفية مباشرة الحقوق المترتبة على هذا المصنف ، والدفاع عنه اذا ما وقع اعتداء عليه .

وقد تكفل القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بوضع أحكام خاصة لمواجهة مثل هذه الاشكالات ([٦٢ مكرر]) ، مفرقا فى هذه الأحكام بين فرضين :

الفرض الأول : حين يجمع المصنف المشترك انتاج جميع المشتركين فى التأليف ، على نحو يتعذر معه فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك عندئذ — وهذا بديهى — يعتبر جميع المساهمين فى هذا العمل أصحاب حق عليه وبالتساوى فيما بينهم ، ما لم يتفق على غير ذلك . حين لا يجوز — من جهة أخرى — مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف ، فى مثل هذا الفرض ، الا باتفاق الشركاء جميعا . فاذا لم يتفقوا ، فان الاختصاص بحسم الخلاف فيما بينهم ينعقد للمحكمة الابتدائية . لكن هذا الاشتراك ليس يلزم — بداهة — للدفاع عن حق المؤلف اذا ما وقع اعتداء على مثل هذا النوع من المصنفات ، بل يكون لكل من المساهمين فيه الحق فى رفع الدعاوى عند وقوع مثل هذا الاعتداء (م ٢٥ من القانون سابق الاشارة) .

الفرض الثانى : حين يكون بالامكان فصل نصيب كل مشترك فى هذا المصنف عن نصيب غيره ، وذلك لاختلاف نوع الفكرة التى ساهم بها كل منهم فيه . وعندئذ يكون لكل منهم حق استغلال الجزء الذى انفرد بوضعه ، على ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢٦ من القانون سابق الاشارة) ([٦٣]) .

(٦٢مكرر) راجع فى احكام هذا الفرض فى القانون الفرنسى :
SAVATIER (R) : Loi du 11 mars 1957 sur la propriété litteraire et artistique. j. C. P. 1957 - 1 - 1398 No 28.

(٦٣) راجع فى تطبيقات هذا الفرض الثانى فى خصوص بعض المصنفات ، واحكام هذه التطبيقات الخاصة : م٢٩ من قانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ (خاصة بمصنفات الموسيقى الغنائية) ؛ م ٣٠ (خاصة بالمصنفات السينمائية أو المعدة للاذاعة اللاسلكية أو التليفزيونية) .

(ب) المصنف الجماعى : L, oeuvre Collective

٨٦ ـ وهو المصنف « الدى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعى أو معنوى ، يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهدف العام الذى قصد اليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة » (م ٣٧ ـ ١ من القانون سابق الاشارة) •

فقد يعهد شخص ، طبيعى أو معنوى ، الى مجموعة من الأفراد ، بوضع مصنف ما ، تحقيقا لهدف عام ، وذلك تحت ادارته ، ليتكفل بنشره منسوبا اليه • فيخرج هذا المصنف صنيع مجموعة واضعيه ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل منهم وتمييزه على حدة • ورغم أن الفكرة الابتكارية هى خلق مجموعة واضعى هذا المصنف ، وأن دور الشخص الطبيعى أو الاعتبارى لا يعدو أن يكون توجيه هذا الابتكار ، فقد اعتبر المشرع هذا الشخص هو المؤلف ، وأعطاه حقوق المؤلفين (٦٤) ، المادية منها والأدبية • وفى هذا « خروج عن الواقع ، بل ومخالفة للأوضاع القانونية السليمة » (٦٥) ، أملته اعتبارات عملية (٦٦) • فالمؤلفون الحقيقيون « هم من اشتركوا فعلا فى وضع المصنف ، ولهذا كان ينبغى الاعتراف لهم بحق المؤلفون ، فيكون لهم على المصنف السلطات الأدبية والمادية ، ويظل وصف المؤلف ثابتا لهم حتى ولو تنازلوا عن السلطات المادية ، أى عن حقوقهم فى الاستغلال المالى للمؤلف ، الى الغير ، وهو من قام بتكليفهم فى هذه الحالة » (٦٧) •

---

(٦٤) انظر م ٣٧ ـ ٢ من القانون سابق الاشارة . ويأخذ بنفس النظرة قانون ١١ مارس ١٩٥٧ فى فرنسا ، راجع جوجلار ص ٦٩٠ بند ٦٦٢ ؛ سافاتييه ، المقال السابق . بند ٣٠ .

(٦٥) توفيق فرج ، ص ٩٧

(٦٦) راجع فى ذلك حسن كيره الذى يرى أن هذه الاعتبارات مشكوك فيها . المدخل الى القانون ط ١٩٧١ ص ٤٨٧ ، ٤٨٨ بند ٢٤٦ .

(٦٧) توفيق فرج ، ص ٩٧

(جـ) المصنف المركب : L, oeuve Composite

٨٧ ـ ويضيف قانون ١١ مارس ١٩٥٧ فى فرنسا ، الى الفرضين السابقين ، صورة ثالثة ، يقال لها المصنف المركب ، وهو « العمل الجديد الذى يندمج به عمل قديم ، دون مساهمة من مؤلف هذا العمل » (٦٨) . وفى هذا الفرض يكون هذا العمل الجديد «ملكا» لصاحبه ، دون اخلال بحقوق مؤلف العمل القديم (٦٩) .

٨٨ ـ غير أنه اذا كانت المصنفات تتمتع بحماية القانون أيا كان نوعها أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها ، أو الغرض من تصنيفها ، على ما سنرى ؛ الا أنه ليس كل مصنف مما يمكن أن ينشىء حقا لمؤلفه مما يمكن أن يتمتع بهذه الحماية . وانما يلزم ـ وهذا شرط جوهرى ـ أن يكون هذا المصنف مبتكرا . بل ان اصلاح المصنف لا يصح ـ فيما نعتقد ـ أن يطلق على العمل اذا لم يتوافر فيه هذا الشرط .

ويتجلى الابتكار فى أبرز معانيه ـ بلا شك ـ اذا كان ما ابتدعه فكر المؤلف مما لم يسبقه اليه سابق . غير أنه ليس يلزم أن يصل الابتكار الى هذا المستوى حتى يكون جديرا بحماية القانون ، وانما يكفى أن تظهر للمؤلف شخصيته المتميزة على العمل ، سواء فى انشائه أو فى التعبير عنه .

فيتمتع ـ على سبيل المثال ـ بالحماية القانونية لتوافر شرط الابتكار وفقا للمعيار سابق الاشارة « من قام بترجمة المصنف الى لغة أخرى (٧٠) ، أو بتحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم

---

(٦٨) « Oeuvre nouvelle à laquelle est incorporée une oeuvre ancienne, Sans la collaboration de L' auteur de cette Oeuvre ».

راجع جوجلار (دروس مازو) جـ ١ ص ٦٩٠ بند ٦٦٢

(٦٩) راجع جوجلار ، الاشارة السابقة ؛ سافاتييه المقال السابق بند ٢٩ .

(٧٠) وتظل للمترجم صفة المؤلف ما دام لشخصيته دورها فى اختيار الكلمات والتعبيرات التى يجدها اكثر ملاءمة وأدق تعبيرا عن فكر المؤلف . راجع فى هذا المعنى جمال زكى ص ٣٤١ نقلا عن ديبوا .

الى لون آخر (٧١) أو من قام بتلخيصه أو بتحويره أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأى صورة تظهره فى شكل جديد » (٧٢) (م ٣ — ١ من القانون سابق الاشارة) . ولما كان العمل الفكرى ، فى كل هذه الأمثلة ، يتبع عملا فكريا أصليا ، فان حماية حقوق مؤلف المصنف الجديد لايصح أن تخل « بحقوق مؤلف المصنف الأصلى » (م ٣ — ١) .

بل ان الحماية القانونية تمتد لتشمل عنوان المصنف ، متى كان هذا العنوان « يتميز بطابع ابتكارى ولم يكن لفظا جاريا للدلالة على موضوع المصنف » م (٣ — ٢) (٧٣)

٨٩ — فاذا ما توافر شرط الابتكار — على التحديد السابق — فلاأهمية بعد ذلك لقيمة المصنف أو أهميته(٧٤) « ولايمكن — فى الحقيقة — أن تتقرر غير هذه القاعدة ، والا فما عسى أن يكون ضابط التقدير اذا كان لقيمة المصنف اعتبار فى حمايته ؟ ، يختلف تقدير الأفراد فى هذه المسألة اختلافا بينا ، ويؤدى أخذها بعين الاعتبار الى ضياع فاعلية الحماية القانونية . لذلك يمتنع على القاضى أن يبحث قيمة المؤلف ، اذا

(٧١) كالمؤلف المسرحى ، يقتبس المسرحية من قصة الفها غيره ، لكن شخصية المتميز تظهر لأنه — حتى وان استبقى خطوطها الرئيسية يغير من تفصيلاتها بما يتلاءم وضرورات المسرح . كما انه يغير من طريقة التعبير حين يستبدل بالأسلوب القصصى اسلوب الحوار ، فينقل العمل الفكرى من فرع القصة الى فرع المسرحية ، وهو فى كل ذلك مبتكر . راجع جمال زكى ص ٣٤٠ هـ ١ نقلا عن ديبوا .

(٧٢) راجع فى تطبيق قضائى لتوافر شرط الابتكار ، حكم نقض مصرى ١٩٦٦/٧/٧ ، الذى قضى بتوافر هذا الشرط فيما قام به المؤلف من اعداد وطبع كتاب صحيح الامام مسلم فى صورة مبتكرة ، بذل فيها جهدا كبيرا ، حين وضع للكتاب تراجم ، وقام بترتيبه ترتيبا خاصا وبوبه وراجعه مراجعة دقيقة بتصحيحه . مشارا اليه فى حمدى عبدالرحمن ص١١٦ وما بعدها .

(٧٣) وتقابلها المادة ٥ من قانون ١١ مارس ١٩٥٧ الفرنسى .

(٧٤) أو كما عبرت محكمة النقض الفرنسية :

« quelle que soit la Valeur de l, oeuvre au de l, artiste ».

حكم ١٩٧٠/٣/١٨ مشار اليه فى جوجلار (دروس مازو) جـ ١ ص ٦٩٠ .

لا طلبت منه حمايته ، أو أن يقدر أهميته » (٧٥) •

كذلك لا أهمية للغرض من المصنف ، فهذا الأخير يكون محلا للحماية القانونية ، أدبيا كان الغرض منه أو علميا أو فنيا ، أو حتى « غرضا نفعيا محضا » (٧٦) ، (٧٧) كالكتالوجات أو الاعلانات ••• الخ •

مضمون حق المؤلف :

٩٠ ــ قلنا أن القانون يحمى حق المؤلف ، حين تخرج الفكرة المبتكرة الى العالم الخارجى بالتعبير عنها • وتملى وجوب حماية هذه الفكرة ضرورة احترام الشخصية الانسانية فى جميع مظاهرها ، ومنها حرية الفكر • وهكذا يبرز الوجه الأدبى فى حق المؤلف •

غير أن لهذا الأخير ــ فضلا عما تقدم ــ أن يفيد ماديا من ثمرات فكره ، فيخوله القانون حق الاستغلال المالى لمصنفه ، ويحيط هذا الحق بذات الحماية التى يحيط بها حقه الأدبى •

وهكذا تنطوى الحقوق الذهنية بوجه عام (ومنها حق المؤلف) ، على عنصرين : عنصرا معنويا (أو أدبيا) ، وآخر ماليا (٧٨) ، بما يبرر اسباغ وصف الحقوق المختلطة عليها •

اولا : الجانب المعنوى (الأدبى) :

(أ) حال حياة المؤلف :

٩١ ــ قلنا أن الحقوق الذهنية ، ومنها حق المؤلف ، تتضمن جانبا معنويا (أو أدبيا) ، قد يكون هو ــ فى الواقع ــ الجانب الأرجح

---

(٧٥) جمال زكى ص ٤٣٢ ــ ٣٤٣ بند ٢٣٩ ؛ وفى نفس المعنى : أحمد سلامه ص ١٠٠ هـ ٢ ؛ البدراوى ص ٣٦٤

(٧٦) جمال زكى ص ٣٤٣

(٧٧) وان كان الغرض من المصنف قد يحول دون حمايته فى بعض الأحيان ، راجع تطبيقات لذلك فى جمال زكى ، الصفحات : ٣٤٣ (وهامش ٦) ؛ ٣٤٤ (والهوامش ١ ، ٢) ؛ ٣٤٥ (وهامش ١)

(٧٨) راجع م ١ من قانون ١٩٥٧ الخاص بحماية حق المؤلف فى فرنسا.

أو العنصر البارز فى هذه الحقوق • بل ان هذه الأخيرة حين تنشأ ، انه تنشأ مستندة ــ أولا ــ الى هــذا العنصر المعنوى وحده ، حتى اذ ما باشر صاحبه استغلاله بدأ الجانب المــالى من حقه فى الظهور ، جنب الى جنب مع حقه المعنوى •

هذا العنصر الأدبى ، مما يمكن أن يعتبر ــ اذا نظر اليه مستقلا عن الجانب المــالى ــ من قبيل حقوق الشخصية ، بالنظر الى ارتبــاطه الوثيق بشخص صاحبه (٧٩) • وفى هذا المعنى جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف (٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) أن « المصنف ،سواء كان مؤلفا أدبيا أو علميا أو فنيا ، هو ثمار تفكير الانسان ومهبط سره ومرآة شخصيته ، بل هو مظهر من مظاهر هذه الشخصية ذاتها ، يعبر عنهــا ويفصح عن كوامنها ويكشف عن فضائلها أو نقائصها ، فحق المؤلف على مصنفه من هذه الناحية متصل أشد الاتصال بشخصيته » •

ويخول هــذا العنصر صاحب الانتاج الذهنى (٨٠) من السلطات

---

(٧٩) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) حـ ١ ص ٩٦١ بند ٦٦٣؛ كايزير ص ٤٧٢ بند ٢٥ ؛ البدراوى ص ٣٦٦ ؛ ويقترب أحمد ســلامة ص ١٠٥ وما بعــدها بند ٥٣ (الذى يرى فيه قريب الشبه من حقــوق الشخصية ، وان لم يكن واحدا منها) . وقارن عكس ذلك : دابان ص ١٩١ الذى يرى فى هذا التكييف تضحية بمبدأ تقسيم الحقوق حسب طبيعــة محلها ، لصالح تقسيم الحقوق حسب قيمتها ، مالية أو غير مالية . ولايرى فى الخاصية الأدبية للقيم التى تمثلها الحقوق الذهنية ما يمنع من النظــر الى هذه القيم كأشياء من طبيعة غير مادية ، تنفصل فى ذاتها عن العنــاصر المكونة للشخصية ، وقابلة بالتالى لأن تكون محلا لحقوق مستقلة عن حقوق الشخصية . والا فأين تقف اذا حدود حقوق الشخصية اذا كانت هــذه الصفة سوف تخلع على كل حق ، يتصــــل بشكل ما ، من البداية أو فى النهــاية ، بالشخصية ؟

(٨٠) راجع فى عدم امكان تمسك الشخص المعنــوى ، الذى تنازل له المؤلف عن حقوقه المــالية ، بالحق الأدبى :

LESOURD (N) : Violation du droit moral de l' auteur j. C. P 1967 - 1 - 2067.

وراجــع فى نفس المعنى سافاتيير ، الذى يرى ان طبيعة حق المؤلف نفسه ، منظورا اليه فى مجمــوعه ، تستبعد ــ منطقيا ــ أن يكون بامكان الشخص المعنوى ان يتمتع به ، ما دام ان حق المؤلف ينصب على « صنيع فكره » . المقــال السابق بند ٢٦ .

ا يجعل له الهيمنة الكاملة على ابتكاره منذ لحظة اكتمال تكوينه فى ذهنه الى ما بعد نشره على الملأ : فيكون له التحكم فى ابرازه ، وكذلك فى سورته ومصيره ، كل ذلك فى ظل من الحماية القانونية التى تكفلهـا عقوبات جنائية ، فضلا عن حقه فى التعويض المـالى .

وتتمثل مظاهر هذه الهيمنة الكاملة فى عدة حقوق ، يمكن جمعهـا فى ثلاث ، على النحو التالى :

١ ـ حق المؤلف فى ابوته للمصنف

٩٢ ـ قلنا أن القانون لا يحمى من نتاج الفكر الا ما كان مبتكرا ، بما يجعل من حق صاحب المصنف أن يعتز ببنات فكره ، وأن يتمسك ـ بالتالى ـ بأبوته لمصنفه ، وبنسبته اليه وحده . وفى هذا المعنى تقضى المـادة ٩ ـ ١ من قانون ١٩٥٤ بأن « للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب اليه مصنفه ، وفى أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق ... » .

وينسب المصنف الى صاحبه ، من حيث الأصل ، بذكر اسمه عليه . غير أنه قد تكون هناك من الاعتبارات ما يدعو المؤلف الى اخراج مصنفه تحت اسم مستعار ، أو حتى دون اسم ، حين يكون له ـ فى أى وقت ـ أن يكشف عن اسمه الحقيقى ، أن عن نسبة المصنف اليه (٨١) ؛ فالحق الأدبى للمؤلف ، بالنظر الى أنه من حقـوق الشخصية ، لا يمكن أن يسقط بالتقادم .

ويستتبع هذا الحق أن يكون للمؤلف منع أى اعتداء على نسبة مصنفه اليه ، كأن يقـوم الغير ـ مثلا ـ بسرقة هذا المصنف أو نقله

---

(٨١) وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٩٦١/١/١٣ بأن للرسام أن يقتضى وضع اسمه الى جوار اللوحة المعروضة اذا لم يكن قد وقع عليها . كما قضت محكمة السين المدنية فى ١٩٢٤/٤/٩ بأنه اذا بيعت اللوحة للغير ، فان الفنان يمكنه أن يمنـع المـالك من محو اسـمه أو توقيعه من عليها . مشار لهذين الحكمين فى :

VERGNAUD (ph) : Les droits du peintrs sur son oeuvre j. C. P. 1966 - 1 - 1975 No D/1 note 15 ، 16

أو تقليده (٨٢) .

هذا وليس يكفى فى هذا الشأن ، التذرع بأن المصنف لم ينسب لغير المؤلف لأنه لم ينسب الى أى شخص ، للقول باحترام حق المؤلف فى أبوته لمصنفه . فالناشر ، على سبيل المثـال ، يكون قد اعتدى على الجانب الأدبى من حق المؤلف اذا نشر المصنف غفلا عن اسم صاحبه ، ما لم يكن هذا الأخير قد أذن له بنشره على هذا النحو (٨٣) .

٢ ـ حق المؤلف فى الانفراد بتقدير قيمة المصنف :

٩٣ ـ ولمـا كان المصنف انما ينشر منسوبا الى شـخص معين ، فان سمعة هذا الشخص بين الناس ترتبط ـ ولا شك ـ بالقيمة الفكرية لمصنفه . بما يبدو من المنطقى ، والعادل ، معا ، أن يكون للمؤلف الحق فى الانفراد الدائم بتقدير قيمة المصنف ، وذلك منذ لحظة اكتمال الفكرة فى ذهنه ، والى ما بعد نشرها على الملأ . ويتفرع على ذلك :

(ا) سلطة تقدير ملاءمة النشر ، وطريقته :

٩٤ ـ فالمؤلف ـ وحده ـ هو صاحب السلطة المطلقة فى تقدير مدى ملاءمة اخراج الفكرة التى تدور فى ذهنه الى العالم الخارجى بنشرها لأول مرة . وكذلك فى تحديد طريقة هـذا النشر (م ٥ ـ ٢ من قانون ١٩٥٤) .

٩٥ ـ وقد يغير المؤلف رأيه فى ملاءمة نشر مصنفه ، فيعـدل عن اكماله ، حين يكون له هذا الحق بدوره ، ولو أظهر العميـل قبـوله للعمل بالشكل الذى وصل اليه (أى دون اكتمال) ، مع الزامه ـ بطبيعة الحال ـ بتعويض العميل عن الأضرار المترتبة على امتناعه (٨٤) . وفى هذا المعنى قضت محكمة السين المدنية فى فرنسا بأن « بيع لوحة غير مكتملة ،

---

(٨٢) راجع توفيق فرج ص ٣٠٥ .
(٨٣) راجع فى هذا المعنى أحمد سلامة ص ١٠٥ .
(٨٤) فى هذا المعنى ، البدراوى ص ٣٦٦ ، ٣٦٧ .

لا ينقل الملكية ، ما دام أنه ، حتى تصل هذه اللوحة الى درجة الكمال التى يستقل الرسام وحده بتقديرها ، يمكن لهذا الأخير أن يرجع فى العمل الذى قدر أنه لا يستأهل عبقريته ... » . ولم تر المحكمة فى وضع اللوحة غير المكتملة بمحل التاجر (حسب الاتفاق) ما يفيد اكتمال العمل بتسليمه للمتعاقد مع الرسام ، ما دام أن هـذا الأخير لم يكن قد وضع توقيعه على اللوحة ، حين جرت العادة بين الرسامين ، عند اكتمال العمل ، على وضع مثل هذا التوقيع . كما رأت المحكمة فى هذا الحق مما لايمكن التنازل عنه ولا التقييد منه بالاتفاق . وقد أيدت محكمة استئناف باريس هـذا الحكم (٨٥) .

هذا وليس يتصور ـ فى هـذا الشأن ـ قهر المؤلف على اكمال المصنف الذى تعهد بتسليمه ، لما فى ذلك من اعتداء على حريته الشخصية (٨٦) ، بل ويرى البعض أن طبيعة الحق الأدبى للمؤلف تتعارض واللجوء حتى الى الوسائل غير المباشرة ، كالتهديد المالى ، لقهر المؤلف على التنفيذ (٨٧) .

ويتفرع على حق المؤلف المطلق فى تقدير ملاءمة نشر المصنف لأول مرة ، عدم جواز الحجز على هـذا الأخير من قبل دائنى المؤلف (٨٨) . وتعبيرا عن هذا المعنى قضت المادة ١٠ من قانون ١٩٥٤ بأنه : « لا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ، ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » . فاذا كان المصنف قد تم نشره فعلا ، بتقدير صاحبه ، جاز ـ بداهة ـ الحجز على نسخه .

---

(٨٥) راجع حكم السين فى ١٩٤٦/٧/١٠ ، واستئناف باريس فى ١٩٤٧/٣/١٩ مشار اليهما فى جوجلار (دروس مازو) ص ٧٠٨ ، ٧٠٩ .

(٨٦) فى هـذا المعنى جوجلار (دروس مازو) ص ٦٩٥ بند ٦٦٨ .

(٨٧) راجع جوجلار ص ٦٩٥ بند ٦٦٨ ؛ وفى نفس المعنى باريس فى ١٨٦٥/٧/٤ ، وعكس ذلك باريس ١٩٦٦/١١/١٥ ؛ مشار للحكمين فى نفس المرجع هامش ٣ .

(٨٨) راجع جوجلار ص ٦٩٥ بند ٦٦٨ . وراجع فى تبرير عدم جواز الحجز على الحقوق المالية للمؤلف ، من قبل دائنيه ، لاتصالها بالحق الأدبى للمؤلف ، جمال زكى ص ٣٦٠ ، ٣٦١ بند ٢٤٧ .

٩٦ - وقد يرى المؤلف عدم ملاءمة معاودة نشر المصنف ، اذا قدر أن فى هذه المعاودة ما يسىء الى سمعته كما لو كان المصنف قد أصبح لا يتفق مع الأوضاع الجديدة التى تحيط به فى الوقت الذى ينبغى فيه نشره ، اذا كان قد تم من قبل فى ظروف أخرى (٨٩) .

٩٧ - غير أن سلطة المؤلف فى عدم معاودة نشر المصنف الذى سبق أن نشر فعلا ، ترد عليها بعض القيود التى تتقرر - فى الغالب - لاعتبارات المصلحة العامة . ذلك أن « للهيئة الاجتماعية حقا فى تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى ، فلا تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ؛ لأن الأجيال الانسانية المتعاقبة تساهم - عادة - بما تخلفه من آثار فى تكوين المؤلفات » (٩٠) .

وهكذا يكون للغير ، دون اذن المؤلف أو دون تعويضه ، تكرار نشر المصنف أو تقديمه ، فى عدة حالات نص عليها قانون ١٩٥٤ ، ومنها :

١ - جواز ايقاع المصنف بعد نشره ، أو تمثيله ، أو القاؤه فى اجتماع عائلى أو فى جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، ما دام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى (م ١١) .

٢ - جواز قيام شخص « بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره ، وذلك لاستعماله الشخصى » (م ١٢) .

٣ - امكان تحليل المصنف والاقتباس القصير منه للنقد أوالمناقشة أو الاخبار ، مع الاشارة الى المصنف واسم مؤلفه اذا كان معروفا (م ١٣) .

---

(٨٩) راجع : P. R. et BOULANGER Troité élémentaire de droit civil 4 éd T. 1 1947 P. 1144 No 3480
وهو يمثل لذلك بحكم السين المدنية فى ١٩١١/١٢/٤ التى قضت باعادة مصنف عن تاريخ فرنسا وضع سنة ١٨٨٢ ، الى مؤلفه فى سنة ١٩٠٩ .

(٩٠) المذكرة الايضاحية لقانون ١٩٥٤ .

٤ ــ امكان نشر مقتبسات أو مختصرات فى الصحف أو النشرات الدورية ، بعد مضى خمس سنوات (م ١٢ ــ ٢) .

٥ ــ امكان نقل المقالات التى تشغل الرأى العام ، الى الصحف أو النشرات (م ١٤ ــ ٣) .

٦ ــ امكان نشر واذاعة الأحاديث الموجهة للكافة (خطب ، أو محاضرات ، أو مرافعات) ، (م ١٥) .

٧ ــ امكان نقل مقتطفات من المصنفات الى كتب دراسية أو أدب أو تاريخ أو فنون « على أن يقتصر على ما يوضح المكتوب فقط ، وعلى أن يراعى فى نقل المقتطفات حد الاعتدال » (م ١٧) .

ومع كل ما تقدم ، فلم يغفل المشرع فى هذه القيود حق المؤلف الأدبى ، فأوجب فى المادة ١٦ ذكر اسمه ، والمصدر الذى ينقل عنه بصورة واضحة .

(ب) سلطة التعديل أو التحوير :

٩٨ ــ وقد يرى المؤلف ، حتى بعد أن يكون قد تصرف فى حقوق الاستغلال المالى لمصنفه ، أن الأفكار التى تضمنها هذا الأخير ، فى حاجة الى تغيير أو تعديل . ولما كان المصنف يجب أن يكون انعكاسا صادقا ومستمرا لفكر صاحبه ، تعين أن يكون للمؤلف الحق فى ادخال ما يراه من تعديلات على مصنفه ، سواء باضافة أفكار جديدة اليه ، أو بحذف بعض ما جاء فيه ... الخ . وتعترف للمؤلف بهذا الحق ، فى مصر ، المادة ٤٢ من قانون ١٩٥٤ [٩١] .

غير أن استعمال المؤلف لهذا الحق مشروط بذات القيود التى وضعها المشرع على سلطته فى سحب مصنفه ، كما أنه رهن اتخاذ نفس الاجراءات، ويستتبع فى النهاية ــ كذلك ــ نفس الآثار ، على ما سنرى عند التعرض

---

(٩١) وتقابلها فى فرنسا المادة ٣٢ من قانون ١٩٥٧ ، راجع جوجلار (دروس مازو) ص ٦٩٥ بند ٦٦٨ .

لحق المؤلف فى سحب مصنفه . وكل من هذه القيود والاجراءات والآثار يبررها ــ فى خصوص السحب ــ ضرورة حماية حقوق المتصرف اليه فى الاستغلال المالى ، وتعويضه عما يصيبه من ضرر مؤكد من جراء سحب المصنف . وهى مبررات ليست تتوافر فى مجرد تعديل المصنف ، ما دام أن هذا التعديل « لن يحرم الناشر من بيع المؤلف » (٩٢) ، بما يجعل من التسوية فى المعاملة بين السحب ومجرد التعديل أمرا منتقدا(٩٣). لكنها ــ على أية حال ــ تستتبع القول بامكان أن تصل سلطة ادخال التعديلات على المصنف الى حد اعدامه ، ما دام أن الاعدام لا يعدو أن يكون « صورة من صور السحب بالنسبة للناشر » (٩٤) .

(حـ) سلطة السحب من التداول :

٩٩ ــ أما أقصى ما تتجلى فيه مظاهر احترام الحق الأدبى للمؤلف، فهو الاعتراف لهذا الأخير بالحق فى سحب مصنفه من التداول بعد أن قرر نشره ، وتصرف فى حقوق استغلاله ماليا . وهو حق لايمكن أن يتقرر « للمتصرف فى غير الحقوق المعنوية » (٩٥) ؛ بحسبانه خروجا خطيرا على مبدأ شريعة العقد ووجوب كفالة استقرار المعاملات .

لذلك يصبح من المفهوم أن يحيط المشرع هذا الحق بما يكون من شأنه ــ من القيود ــ أن يقيم توازنا عادلا بين مصلحة الطرفين : مصلحة المؤلف الأدبية فى حماية سمعته ، ومصلحة الناشر المالية فى استمرار التعامل فى المصنف (٩٦) . وقد ضمن هذه القيود المادة ٤٢ من قانون ١٩٥٤ :

فليس يستطيع المؤلف ، من ناحية ، أن يستعمل هذا الحق ،

---

(٩٢) ، (٩٣) ، (٩٤) أحمد سلامة ص ١٠٤ بند ٥٢ .

(٩٥) جمال زكى ص ٣٦٢ .

(٩٦) فاذا كان المؤلف لم يتصرف بعد فى حق الاستغلال المالى للمصنف ، فانه يملك ــ بداهة ــ ودون ما حاجة الى اى اجراء ، السلطة التقديرية المطلقة فى سحب مصنفه من التداول .

الا « اذا طرأت أسباب أدبيـة خطيرة تدعو لذلك » [٩٧] ، كأن يضـع مؤلفه ـ فى موضوع خطير وهام ـ « متأثرا برأى استحوذ عليه ، ثم يبدو له بعد البحث والتقصى والاطلاع أنه قد جانب الصواب فى رأيه هذا » [٩٨]، عندئذ « تنقطع الصلة بين المصنف وواضـعه ، فلم يعد معبرا عن حقيقة آرائه ، بل لعـل وجـود المصنف على هذه الصورة يغض فى شخصيته ويؤذى سمعته » [٩٩] .

غير أنه ، من ناحية أخرى ، وفضلا عما تقدم ، ليس يترك للمؤلف تقـدير هذه الأسباب الخطيرة التى تبرر التضـحية بمصـالح المتصرف اليه ، وانما يكون القول الفصل فى ذلك للمحكمة الابتدائية ، التى يتعين عليه أن يطرح عليها هذه الأسباب ، وقد ترفضها اذا لم تقتنع بها . بل انه حتى اذا ما قبلتها ، وقضت للمؤلف بسحب مصنفه ، فانه يتعين عليها أن تقضى عليه بتعويض عادل ، يدفعه مقدما للمتصرف اليه ، فى غضون الأجل الذى تحدده ، والا زال كل أثر للحكم (م ٤٢) [١٠٠] .

٣ ـ حق المؤلف فى احترام الغير لمصنفه

١٠٠ ـ أخيرا ، فان للمؤلف أن يفرض على الغير احترام مصنفه [١٠١] . ويمتد هذا الحق الى المتصرف اليه فى الاستغلال المـالى . وهكذا قضت

---

(٩٧) ، (٩٨) ، (٩٩) المذكرة الايضاحية لقـانون ١٩٥٤ تعليقا على المـادة ٤٢ .

(١٠٠) راجع فى نقد الزام المؤلف بدفع التعويض مقدما ، على أساس من انه قد يقف حائلا عمـلا (اذا ما ضاقت بالمؤلف موارده المـاليـة) دون سحب المصنف ، رغم اقتناع المحكمة بوجاهة الأسباب التى أبداها المؤلف ، وبنت حكمها على أساس منها : حسن كيره أصول القانون ط ٢ ٥٩ـ١٩٦٠ ص ٦٥٩ ؛ محمد على عرفه ، شرح القانون المدنى فى حق الملكية حـ ١ ط ٣ ١٩٥٤ بند ٣٨٨ .

ويرى البعض انه كان بالامكان أن يقتضى المشرع من المؤلف ، بدلا من ذلك ، تقديم كفيل ، فيحقق بذلك حماية كل من المؤلف والناشر . راجـع احمد سلامة ص ١٠٣ هامش ١ .

(١٠١) وراجع فيما يمكن أن يكون للمؤلف من حق فى احترام الغير لصفته هو نفسـه Sa qualité ، أى لشهرته Sa notoriété فيرنو ، المرجـع السـابق رقم D - 1 ؛ وعكس ذلك نقض فرنسى ١٩٦٨/١٢/٣ مشار اليه فى جوجلار ص ٦٩٦ هامش ٢ .

المادة ٩ ــ ١ من قانون ١٩٥٤ فى مصر ، بأن للمؤلف « أن يمنع أى حذف أو تغيير فى مصنفه » (١٠٢) • وتسمح عمومية هذا النص ، بامتداد حكمه الى كافة أنواع المصنفات • كما يستتبع دخول الحـق الأدبى للمؤلف ضمن حقوق الشخصية ، عدم امكان تنازله مقدما عن هذه السلطة •

غير أن الأداء العلنى لبعض المصنفات ، قد يقتضى تحويرها لتتلاءم مع وسائل هــذا الأداء (كالاذاعة والتليفزيون ، والسينما) • عندئذ ، يعتبر قبول المؤلف لاخراج مصنفه بهذه الوسائل « قبــولا منه لتحويره على ما تستلزمه طبيعة الأداء » (١٠٣) لكن سلطة من انتقل اليه حق الأداء العلنى فى تحوير المصنف ، تتحدد ــ رغم ذلك ــ « بالضرورات الفنية ، من ناحية ، وبحفظ جوهر المصنف من ناحية أخرى ، بحيث لا يجوز له ــ دون قبول المؤلف ــ أن يجـرى فى المصنف تعـديلا لا تفرضه ضرورات الفن ، أو يمس عناصره الجوهرية » (١٠٤) •

كذلك أورد المشرع استثناء على الحكم المقــرر بالمـادة ٩ سابقة الاشارة خاصا بالترجمة ، ضمنه الفقرة الثانية من هــذه المـادة ، التى قضت بأنه « اذا حصل الحذف أو التغيير فى ترجمــة المصنف مع ذكــر ذلك ، فلا يكون للمؤلف الحق فى منعه ، الا اذا أغفل المترجم الاشارة الى مواضع الحذف أو التغيير ، أو ترتب على الترجمة مساس بســمعة المؤلف ومكانته الفنية » •

(ب) بعد وفاة المؤلف :

١٠١ ــ وقد كان المفروض ، والحق الأدبى للمؤلف من الحقوق

---

١٠٢ وتقابلها المـادة ٦ من قانون ١٩٥٧ فى فرنسا . راجع جوجلار ص ٦٩٥ بند ٦٦٨ . ويستتبع ذلك حق المؤلف فى الاعتراض على أى تعديل أو تحوير فيما يقتبسه الغير من مصنفه ، اذا كان فى هــذا ما يغــير منه . راجع بلاتيول دريبير وبولانجى ، سابق الاشارة ص ١١٤٤ بند ٣٤٨٠ .

(١٠٣) جمال زكى ص ٣٦٣ نقلا عن ديبوا .

(١٠٤) جمال زكى ص ٣٦٣ نقلا عن ديبوا .

اللصيقة بشخصه ، أن ينتهى هذا الحق بوفاة صاحبه[١٠٥] ؛ غير أنه احتراما لذكرى المتوفى ، وبالنظر الى أن المصنف يظل — حتى بعد وفاة مؤلفه — يرتبط باسمه ، تقرر القوانين انتقال هذا الحق الأدبى الى خلف المؤلف فى حدود معينة ، تبدو فى القانون المصرى أوسع نطاقا منها فى القانون الفرنسى :

١٠٢ — فينتقل للخلف ، فى كل من القانونين ، ما كان لسلفهم من حق فى أبوته لمصنفه ، وفى فرض احترام هذا المصنف على الغير[١٠٦] . بل انه يتعين على « الصندوق الوطنى للآداب » La Caisse nationale des lettres فى فرنسا ، فضلا عن ذلك — أن يرعى احترام المصنف بعد وفاة مؤلفه ، حتى بعدما يقع هذا المصنف فى الدومين العام [١٠٧] .

١٠٣ — لكن القانون الفرنسى لا يجيز للخلف التغيير فى المصنف ولا سحبه من التداول [١٠٨] ، [١٠٩] . حين ينتقل — على العكس — فى القانون المصرى للخلف العام ، الحق المسوى للمؤلف فى جميع مظاهره تقريبا ، لا ينتقص منها سوى ماكان لسلفهم من حق فى سحب المصنف[١١٠] ، فيكون لهم ادخال ما يرون من التعديل أو التحوير على مصنف سلفهم

---

(١٠٥) راجع جوجلار ص ٦٩٦ بند ٦٦٩ ؛ وفى نفس المعنى احمد سلامة ص ١١٤ بند ١٨ .

(١٠٦) م ١٩ من قانون ١٩٥٤ فى مصر ، م ٦ الفقرات ٤ ، ٥ من قانون ١٩٥٧ فى فرنسا .

(١٠٧) م ٢ من قانون ١١ اكتوبر ١٩٤٦ (المكمل بقانون ٢٥ فبراير ١٩٥٦) ، راجع جوجلار ص ٦٩٦ بند ٦٦٩ .

(١٠٨) راجع جوجلار الاشارة السابقة .

(١٠٩) اللهم « الا اذا كان المؤلف قد افصح عن ارادته فى امكان تعديله ، أو كانت طبيعة المصنف مما يتحتم معه وجود ارادة ضمنية فى تعديله ، كالمؤلفات العلمية أو الدراسية التى يتعين تجديدها وفقا لآخر تطورات العلم » . جمال زكى ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ نقلا عن ديبوا .

(١١٠) والمادة ١٩ — ٢ لا تعطى صراحة هذا الحق للخلف . ومع ذلك يبدو أن بعض الشراح يخلص الى امكان اعطائه لهم ، ما دام أن السحب ليس الا امتدادا لسلطة تقرير عدم النشر ، وهذه الأخيرة يقرر المشرع انتقالها للخلف . راجع احمد سلامة ص ١١٦ بند ٥٨ .

(م ١٩ — ٢ ؛ م ٩ ، م ٧ — ١) . وهو — فى الواقع — أمر غير مفهوم ؛ اذ « كيف يتصور أن يقوم الوارث أو الموصى له بادخال ما يرى من التعديل أو التحوير على المصنف مع استمرار نسبته الى المؤلف [111] .

١٠٤ — أما من حيث الحق فى تقرير نشر أو عدم نشر مصنف السلف ، فانه لا ينتقل الى الخلف فى فرنسا الا فى حدود استثنائية . فمن ناحية ، لا يتمتع بهذا الحق ، وفقا للمادة ١٩ من قانون ١٩٥٧ ، الا الأشخاص الذين كان القضاء يعتبرهم « الحراس الطبيعيين لذكرى المتوفى » [112] ، وهم على الترتيب [113] : الفروع ، ثم الزوج غير المنفصل جسمانيا والباقى بعد وفاة زوجه (المؤلف) دون زواج ، ثم الورثة الآخرين ، ثم الموصى لهم . ومن ناحية أخرى ، ليس للخلف حق سحب المصنف ، ولا اعدامه . وفى كل الأحوال تكون ممارستهم للحق — محل الدراسة ، مشروطة بعدم جواز التعسف فيه (م ٢٠) [114] ، [115] .

وفى مصر ، تقضى المادة ١٩ (فقرة ١ ، ٣) بوجه عام ، بانتقال حق تقرير النشر الى خلف المؤلف اذا توفى قبل أن يقرر نشر مصنفه ، اللهم الا اذا كان سلفهم قد أوصى بمنع النشر . كل ما فى الأمر أنه يتعين عليهم أن يتقيدوا بالموعد الذى حدده لنشره اذا كان قد عين موعدا .

---

(١١١) جمال زكى ص ٣٦٥ بند ٢٤٨ ؛ وفى نفس المعنى احمد سلامة ص ١١٥ بند ٥٨ ؛

(١١٢) « Les gardiens naturels de la mémoire du défunt ».

(١١٣) وبعد — بطبيعة الحال — تنفيذ ما يمكن ان يكون المتوفى قد أبداه قبل وفاته من رغبة فى اناطة هذا الحق بشخص معين .

(١١٤) راجع فى تفاصيل ذلك جوجلار ص ٦٩٦ بند ٦٦٩ وراجع فى تفاصيل مكنات الحق الأدبى للمؤلف بوجه عام : سافاتيير المقال السابق البنود من ٣٦ — ٥٠ .

(١١٥) وراجع فى تطبيق قضائى لامتناع تعسفى عن النشر ، حكم محكمة ريم الابتدائية فى ١٩٦٩/١/٩ مشار اليه فى جوجلار ، الاشارة السابقة هامش ٦ .

على أن حق الخلف فى تقـرير عدم نشر مصنف سلفهم ، تقيـده اعتبارات المصلحة العامة ، التى قد تستوجب هذا النشر • عندئذ يجوز للوزير المختص [١١٦] ، اذا لم يقرر الورثة نشر المصنف ، أو لم يباشروا حقوق استغلاله ، أن يطلب اليهم ، بكتاب موصى عليه مصحوب بعـلم الوصول ، نشر هذا المصنف • فان لم يستجيبوا خـلال ستة أشهر من تاريخ هذا الطلب ، كان للوزير بعد استصدار أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ، وبعد تعويض الخلف تعويضا عادلا ، أن يباشر حقوق الاستغلال المـالى (م ٢٣) •

خصائص الحق الأدبى :

ولمـا كان المصنف يمثل « جزءا لايتجزأ من شخصية المؤلف »[١١٧]، فان الحـق الأدبى لهـذا الأخـير ، يتميز ككل حقـوق الشخصية ، بالخصائص التالية :

١ ـ عدم القابلية للتصرف indisponible :

١٠٥ ـ فالحق الأدبى للمؤلف لا يمكن التصرف فيه ، لا ككل ، ولا فى أى من المكنات التى يخولها هذا الحق ، تبرعا كان هذا التصرف أو معاوضة ، حال حياة المؤلف أو بعد وفاته (حين لا يجـوز للورثة فى الفرض الأخير أن يخولوا أحد الأغيار ـ بالاتفـاق ـ احـدى مكنات الحق الأدبى لمورثهم) وفى هذا المعنى تقضى المـادة ٤٠ من قانون ١٩٥٤ ببطلان تصرف المؤلف فى مجموع انتاج فكـره المستقبل • كما قضت المـادة ٣٨ ببطلان كل تصرف يرد على حق المؤلف فى تقـرير نشر أو عدم نشر المصنف ، أو تعـديله ، أو فى نسبته اليه •

ولقد كرس قانون ١٩٥٧ فى فرنسا نفس المبدأ فى مادته السادسة ، أخذا بما كان يسلم به الفقه والقضاء فى جملته ، الذى كان يرى فى الحق

---

(١١٦) وزير التعليم الآن •

(١١٧) جوجلار (دروس مازو) ص ٦٩٥ بند ٦٦٧ •

الأدبى « بطبيعته نفسها ، حقا دائما غير قابل للتصرف » (١١٨) . وان كان بعض الشراح ــ مع ذلك ــ يرى أنه فى الوقت الذى تحول فيه هــذه المــادة دون تنازل المؤلف عن أى من مكنات الحق الأدبى أو تصرفه فيها ، الا أنها لا تحظر « اقرار المؤلف لاعتداء الغير على مصنفه » (١١٩) ، وهى تفرقة غير مفهومة ــ فى اعتقادنا ــ ما دام أن قبول الاعتداء على الحق ليس الا تنازلا عنه .

غير أن قلة من الفقه الفرنسى ، على العكس ، لم تكن تسلم بهذه الخاصية : فيذكر البعض بأن الحق الأدبى للمؤلف « ليس حقا مطلقــا ولا تحكميــا » (١٢٠) ، حين ينبه البعض الآخــر بأن هــذه الخاصية « المدعاة » (١٢١) Prétendue لا يصح أن تحمل على الاعتقاد بأن ارادة المؤلف تعجز عن التنازل عن الحق الأدبى كلية (١٢٢) ، لينتهى جانب ثالث الى ضرورة عدم فهم هــذه الخاصية بشكل جامد ، والى أنها يجب أن تقبل بعض التحفظات أو القيود التى تمليها مصلحة المتعاقد مع المؤلف بل ومصلحة هذا الأخير نفسه (١٢٣) كما أن اعتبارات العــدالة تستوجب ــ فى نظره ــ التسامح أحيانا فى التصرف الجــزئى فى مكنات الحــق

---

(١١٨) « par son essence même, perpétuel et incessible ». حكم السين المدنية فى ١٩٦٩/٤/٦ مشار اليه فى :
PARISOT (B) : L. inaliénabilité du droit moral de l' auteur d' une oeuvre littéraire ou artistique. D 1972 - chr - p. 71 No 2 note 2.

وتعليقا على هذه الخاصية يصف ديبوا المؤلف الذى يتنازل عن حقه فى الدفاع عن شخصيته بأنه « ينتحر أدبيا » . المرجــع السابق ص ٤٢٢ بنــد ٣٨٢ .

(١١٩) باريزو المقال السابق بند ١ ص ٧١ . وراجع أيضا فى تعارض خاصية عدم القابلية للتصرف فى الحق الأدبى مع مبدأ الحرية التعاقدية فى بعض الأحيان : نفس المؤلف ص ٧١ بند ٤ .

(١٢٠) « n' est pas absolu et souverain ». R. PLAISANT note s : Tr, gr. ins Paris 3, 7, 1969 j. C. P. 1970—11—16415 No II/B.

(١٢١) ، (١٢٢) سافاتيير ، المقال السابق بند ٤٣ .

(١٢٣) راجع باريزو ص ٧١ بند ١ .

الأدبى (١٢٤) .

كذلك حاول البعض أن يجد سندا لجواز تنازل المؤلف عن حقه الأدبى ، فيما نصت عليه المادة ٨ من نفس القانون ، التى تحفظت على نسبة حق المؤلف الى من يظهر اسمه عليه ، حين علقت هذه النسبة على شرط عدم ثبوت العكس (١٢٥) ، وهو تدليل غريب فى الواقع ، لأن هذا التحفظ يتعلق بالاثبات ، وليس بخصائص الحق الأدبى . فقد قصد به المشرع الفرنسى — ولا أكثر — امكان اثبات عكس قرينة أن المصنف يكون صنيع من يظهر اسمه عليه .

١٠٦ — هذا ويكمل الخاصية السابقة ، عدم امكان التصرف فى الحق الأدبى ولا بالشكل غير المباشر ، بمعنى أنه لا يجوز الحجز على هذا الحق من قبل دائنى المؤلف ، ما دام أن من شأن هذا الحجز فى النهاية — لو جاز — تمكين الدائن الحاجز من مباشرة نشر المصنف ، حين لا يملك سلطة تقرير النشر سوى المؤلف وحده . وقد طبق المشرع هذه الفكرة فى حالة وفاة المؤلف قبل النشر ، حين قضت المادة ١٠ بعدم جوام الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ، ما دام أنه « لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » . غير أن ذلك ليس يمنع — بالمقابلة — من امكانية الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره ، بحسبانها أشياء مادية ، فالحجز هنا يرد فى الواقع على حق الاستغلال المالى (١٢٦) .

٢ — عدم القابلية للتقادم imprescriptible :

١٠٧ — كذلك يتميز الحق الأدبى للمؤلف بصفة الدوام ، بمعنى أنه لا يسقط بالتقادم لعدم استعماله ، مهما طالت المدة . بل انه يبقى حتى

---

(١٢٤) راجع باريزو ص ٧٥ بند ١٤ ، وان كان يسلم — فى هذا الصدد — بصعوبة تحديد الحد الفاصل الذى — ابتداء منه — يعد الاعتداء على الحق الأدبى للمؤلف أمر غير مشروع .

(١٢٥) راجع ليزور المقال السابق J. C. p. 1967-1-2067

(١٢٦) راجع فى هذا المعنى البدراوى ص ٣٦٨ بند ٢٦٨ .

ولو كان حق الاستغلال المالى للمصنف قد سقط بمضى المدة التى يحددها القانون . فاذا كان الغير - على سبيل المثال - يستطيع ، فى هذا الفرض الأخير ، أن يستغل المصنف بنشره ، الا أنه يجب دائما أن ينشره باسم صاحبه ، فحق المؤلف فى أبوته لمصنفه ، كحق أدبى ، يبقى على الدوام [١٢٧] .

غير أن صفة الدوام فى الحق الأدبى للمؤلف ، تختلف عن صفة الدوام فى حق الملكية ؛ لأنها ، فى هذا الأخير ، لا تحول دون كسب الملكية من صاحبها بالتقادم المكسب ، حين أنه ، لما كانت الحيازة لا تتسع لغير الحقوق العينية ، وبصفة خاصة لا ترد على الأشياء غير المادية . وكان الحق الأدبى للمؤلف ينفصل عن الشىء المادى الذى يتجسم فيه (كنسخة الكتاب مثلا) والذى يقبل الحيازة ، فان هذا الحق لا يمكن - بالتالى - أن يكتسب بالتقادم [١٢٨] .

ثانيا : الجانب المالى :

أ - مكنات الحق المالى :

١٠٨ - وفضلا عما تقدم ، بديهى أن يكون *للمؤلف* ، *ولخلفه* من بعده ، حق استغلال مصنفه ماليا .وقد عبرت عن هذا الحق المادة ٥ - ٢ من قانون ١٩٥٤ حين قضت بأن للمؤلف وحده « الحق فى استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال » ، حين لا يجوز لغيره أن يباشر هذا الحق دون اذن كتابى سابق منه أو ممن يخلفه [١٢٩] . لتسوى

---

(١٢٧) راجع البدراوى ص ٣٦٨ بند ٢٦٨

(١٢٨) راجع فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) ص ٦٦٦ بند ٦٦٩

(١٢٩) وقد قضى فى فرنسا بأن صاحب الفندق الذى يضع - فى كل حجرة من حجراته - جهازا يسمح للنزيل أن يختار من البرامج التليفزيونية، التى يمكن استقبالها عن طريق جهاز استقبال مركزى بالفندق ، البرنامج الذى يروقه ، لا يتعدى بذلك - على حق الاستغلال المالى للمؤلف ، لأنه - فى هذا الفرض - لا يقوم بنشر المصنفات التليفزيونية ، ما دام أن حجرة الفندق هى مكان خاص . باريس فى ١٩٧٠/٥/١٣ ومؤيد بنقض ١٩٧١/١١/٢٣ ، مشار اليهما فى جوجلار (دروس مازو) ص ٦٩٢ هـ ٤ .

المـادة ٦ من نفس القانون ، فى هذه الطرق ، بين ما اذا كان المصنف ينقل للجمهور مباشرة،حين يقال لحق المؤلف فى هذا الفرض حق الأداء العلنى[١٣٠] Droit de représentation ، أو بطريقة غير مباشرة ، حين يقـال لهذا الحق فى الاصطلاح حق النشر Droit de reproduction

١٠٩ — وللمؤلف — بداهة — أن يباشر الاستغلال المـالى لمصنفه بنفسه . غير أن ما يحدث — فى الأعم الأغلب من الحالات — هو مباشرة هذا الاستغلال عن طريق الغير ، حين يأذن المؤلف لهذا الأخير — فى اطار الاتفاق الذى يتصرف بموجبه فى حق الاستغلال المـالى والذى يقال له فى الاصطلاح عقد النشر — بتقديم المصنف الى الجمهور .

وقد اشترط قانون ١٩٥٤ أن يصدر الاذن المسبق من جانب المؤلف كتابة ، والا وقع الاتفاق (عقد النشر) باطلا [١٣١] ، بما يعنى أن الكتابة هنا ليست لمجرد الاثبات ، وانما تشكل شرطا لانعقاد العقـد . وحتى يكون كل من المؤلف والمتصرف اليه (الناشر) على بينـة من أمره ، تستوجب المـادة ٣٧ من القانون سابق الاشارة ، أن يتضمن هذا العقد تحديدا صريحا لمحله ومضمونه (أو مداه) والغرض منه ، وكذلك مدة الاستغلال ومكانه .

ويبرر هـذا الاقتضاء — فى الواقع — ما يكشف عنه العمل من صعوبة استخلاص نية الطرفين فى بعض الأحيان ، ونطاق ما تصرف فيه المؤلف من حق الاستغلال المـالى ، ما دام أن تنازل هذا الأخير عن حقه فى الأداء العلنى للمتصرف اليه لا يعنى — بذاته ، وكما قضت بوضـوح المـادة ٢٩ من قانون ١٩٥٧ الفرنسى — تنـازله عن حقـه فى النشر ، والعكس صحيح . لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية — على سبيل

---

(١٣٠) راجع فى صور خاصة لاداء المصنف علنيا ، منصـوص عليها بالمـادة ١٠٦ من قانون ١٩٥٤

(١٣١) وفى نفس المعنى المـادة ٥٣ من قانون ١٩٥٧ فى فرنسا وراجع فى تفاصيل مكنات الحق المـالى بوجه عام فى القانون الفرنسى : ديبوا المرجع السابق ص ٢٥٩ — ٣٣٤ البنود من ٢٢٩ — ٢٨٨

المثال ــ بأن اذن المؤلف بادخال عمله الموسيقى فى فيلم ، لا يعنى تنازله عن حق الأداء العلنى لهذا العمل فى صالات العرض (١٣٢) .

١١٠ ــ وبديهى أن للمؤلف أن يتنازل عن حقه فى الاستغلال المالى دون مقابل ، ويأخذ التصرف فى هذه الحالة حكم الهبة (١٣٣) ، حين يأخذ ــ بالمقابلة ــ حكم البيع اذا تم معاوضة . ويترك القانون المصرى للمؤلف ــ فى الفرض الأخير ــ أن يرعى مصالحه المالية بنفسه ودون ما قيود ، حين يستلزم القانون الفرنسى ، بالمقابلة ، أن يكون مقابل تصرف المؤلف فى حقه المالى متناسبا مع عائد استغلال المصنف من جانب المتصرف اليه . بل ان الاتفاق بين الطرفين على مبلغ جزافى يدفعه المتصرف اليه للناشر ليس يسمح به ، فى هذا القانون ، الا على سبيل الاستثناء (١٣٤) ، (١٣٥) . (المواد ٣٥ ، ٥٢) .

١١١ ــ غير أن كفالة الحقوق المالية للمؤلف ، على نحو ماتقدم ، لا تخل بوجوب الزمه ــ بداهة ــ بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يعوق استعمال الحق المتصرف فيه (١٣٦) .

١١٢ ــ وأخيرا ، يبقى أن ننوه ــ فى هذا الخصوص ــ الى وجوب عدم الخلط بين التصرف فى حق الاستغلال المالى للمصنف ، والتصرف فى النسخة التى يتجسم فيها هذا المصنف ماديا . فبيع المؤلف ــ مثلا ــ لنسخة من كتابه ، لا ينقل للمشترى سوى ملكية هذه النسخة.

---

(١٣٢) نقض ١٩٤٩/١٢/٢٠ ، مشار اليه ومنتقد فى جوجلار ص ٦٩٢ هـ ٢

(١٣٣) فى هذا المعنى أحمد سلامه ص ١١٠ بند ٥٦ .

(١٣٤) راجع فى تفاصيل ذلك جوجلار (دروس مازو) ص ٦٩٢ بند ٦٦٤ د .

(١٣٥) بل انه ازاء استحالة اقتضاء مؤلفوا المسرح والموسيقى بأنفسهم عائد استغلال مصنفاتهم التى تعرض فى مختلف صالات العرض ، فقد شكلوا جميعا الدفاع عن مصالحهم ، تتولى ابرام عقود الاستغلال المالى الجزافية وتحصيل عائدتها للمؤلفين راجع جوجلار الاشارة السابقة .

(١٣٦) راجع أحمد سلامه ص ١١٠ بند ٥٦

حين يبقى للمؤلف حق الاستغلال المـالي للمصنف ، فلا يجوز ــ من ثم ــ للمشترى فى الفرض السابق ، أن يصور هـذا الكتاب أو يطبعه ويبيع النسخ المصورة أو المطبوعة لحسابه .

غير أن النسخة التى تصرف فيها المؤلف قـد تكون هى النسخة الوحيدة من المصنف . عندئذ سوف يتعارض حق المشترى فى الاستئثار بملكيتها ، وحـق المؤلف فى استغلال المصنف ماليا ، ما دام أن هـذا الاستغلال يقتضى ــ فى هذا الفرض ــ تسليم هذه النسخة للمؤلف . وقد فضل قانون ١٩٥٤ فى مصر ، حق المشترى ، فى هذا الفرض ، على حق المؤلف ، فبعد أن قررت المـادة ٤١ أنه « لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف ، أيا كان نوعه ، نقـل حق المؤلف » ، استدركت بأنه « لا يجوز الزام من انتقلت اليه ملكيته هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك » (١٣٧) .

ب ــ خصائص الجانب المـالى :

هذا وككل الحقوق المـالية ، يتميز الجانب المـالى من حق المؤلف بقابليته للانتقال من ناحية ، وللتنازل عنه من ناحية أخرى . وان كان وجود الحق الأدبى ، الى جانب الحق المـالى ، يضفى على هذا الأخير ، فى هذه الأمور ، بعض الخصوصيات .

١١٣ ــ فالحق المـالى يقبل الانتقال ، سـواء فيما بين الأحياء أو لمـا بعد الموت . فيجوز التصرف فيه حال حياة المؤلف ، تبرعا كان هـذا التصرف أو معاوضة . وقـد سبق بيان ذلك ، والقيود الواجب مراعاتها فى هـذا الشأن (١٣٨) . كما أنه ينتقل بسبب الوفاة الى ورثة المؤلف ، وان كان المشرع قد خرج ، فى خصوص الايصاء بحق الاستغلال

---

(١٣٧) راجع فى نقد هذا الحل لمـا يتسم به من قسوة بالمؤلف ، أحمد سلامه ص ١٢ بند٥٧ .

(١٣٨) راجع سابقا البنود ١٠٩ ، ١١٠ .

المـالى ، على القواعد العـامة فى الوصية ، حـين أجاز قانون ١٩٥٤ للمؤلف ، فى هذا الصدد ، أن يوصى لمن يشاء (ولو كان الموصى له وارثا) بكل هذا الحق دون ما قيد ولا شرط (م ١٨—٢) [١٣٩] •

١١٤ — كذلك فان الحق المـالى للمؤلف يقبل التنازل عنـه ، وان كان هذا التنازل لا يمس الجانب الأدبى • وفى هذا الاستدراك يختلف الحق المـالى للمؤلف عن حق الملكية [١٤٠] كما سنرى • كما أنه لا يجوز — من ناحية أخرى — التنازل الاجمالى عن مجموع الانتـاج الفكرى المستقبل (م ٤٠ من قانون ١٩٥٤ فى مصر ؛ م ٣٣ من قانون ١٩٥٧ فى فرنسا) ، لمـا فى ذلك من مسـاس بالجانب الأدبى من حـق المؤلف « واعتداءً على حق من الحقوق الملازمة للشخصية » [١٤١] •

١١٥ — غير أنه الى جانب هاتين الخاصيتين اللتين يشترك فيهما — من حيث الأصل — الجانب المـالى من حق المؤلف مع الحقوق المـالية بوجه عام ، ينفرد هذا الحق بأنه : مؤقت من ناحية ، وفى مدى امكان الحجز عليه خلاف من ناحية أخرى :

١ — توقيت الحق المـالى للمؤلف :

١١٦ — فالقاعدة فى حق الاستغلال المـالى للمصنف أن يكون مؤقتا • فهو يتحدد فى المـادة ٢٠ من قانون ١٩٥٤ بمدى حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته [١٤٢] • ويعنى هذا التوقيت أن المصنف — بمضى

---

(١٣٩) مع أن القواعد العامة فى الوصية (لوارث أو لغيره) لاتجيـز هذه الأخيرة ، فيما جاوز الثلث (بعد سداد الدين) الا اذا أقرها الورثة.

(١٤٠) راجع فى هذا المعنى جوجلار (دروس مازو) ص ٦٩٣ بند ٦٦٦

(١٤١) البدراوى ص٣٧٣ . وفى هذا الصدد ، قضت محكمةاستئناف اكس فى ١٩٦٥/٢/٢٣ ببطلان الاتفاق الذى يتعهد بموجبه المؤلف بتقديم قدر محدد من المصنفات كل سنة ، بحسبانه يهدر الحق المعنوى للمؤلف ، مشار اليه فى جوجلار ، ص ٦٩٤ هـ ٤

(١٤٢) وفى المصنفات الفوتوغرافية أو الخاصة بالانتاج السينمائى ، التى تقتصر على نقل المناظر الطبيعية ، يسقط حـق الاستغلال المـالى بمضى ١٥ سنة من أول نشر (م ٢٠ — ٢ من قانون ١٩٥٤) .

هذه المدة ــ يسقط فى الملك العام ، فلا يعد حق الاستغلال المــالى يتمتع بالحماية القانونية • ومن ثم لا يعد من حق المؤلف ولا ورثته أن يحتكروا هذا الاستغلال ، وانما يكون لمن شاء أن يباشر هــذا الاستغلال دون ما تعويض للمؤلف ، وهــو أمر مبرر ، بالنظر الى ما للهيئة الاجتماعية نفسها من فضل على المؤلف ، فهو مدين لها ــ فى الواقع ــ بثمرات فكره التى أفاد فى تكوينها من « مجموع التراث الفكرى للانسانية » (١٤٣) •

فاذا كان صاحب الحق فى المصنف شخصا معنويا (عاما أو خاصا) ، احتسبت المدة من تاريخ النشر (م ٢٠ــ٣) ، حين تحتسب فى المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخــر من بقى حيا من المؤلفين (م ٢٠ــ٢) • وقد ينشر المصنف ــ كما ذكرنا ــ خلوا من اسم المؤلف ، أو تحت اسم مستعار ، وعندئذ فان المدة تحسب من تاريخ أول نشر له ، اللهم الا اذا كشف المؤلف عن شخصيته خلالها ، فتبدأ مدة الحماية من تاريخ الوفاة (م ٢١) •

وقد يضع المؤلف مصنفه بلغة أجنبية ، حين يكون له ــ بداهة ــ أن يستأثر بالاستغلال المــالى لمصنفه من طريق ترجمته الى اللغة العربية • غير أنه تغليبا للصالح العام الذى يقتضى نقــل أمثال هذه المصنفات الى اللغة الوطنية للافادة منها ، نصت المــادة ٨ من قانون ١٩٥٤ فى مصر على مدة حماية أقصر ، حددتها بخمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف • فاذا لم يباشر المؤلف حقه فى ترجمة المصنف خلالها ، بنفسه أو بوساطة غيره ، كان لمن شاء أن يستغل هــذا المصنف ، من طريق ترجمته ، دون ما تعويض للمؤلف •

٢ ــ مدى قابلية الحق المــالى للحجز :

١١٧ ــ وليس من شك ــ والقاعدة العامة هى أن الأموال التى يجوز التصرف فيهــا يمكن توقيع الحجز عليها ، وأن حق المؤلف على

(١٤٣) جمال زكى ص ٣٥٧ بند ٣٤٤ •

نسخ المصنف الذى تم نشره هوحق ملكية عادى مما يمكن التصرف فيه — أن للدائنيه توقيع الحجز على النسخ التى تم نشرها ، أو ما تبقى منها (١٤٤) .

وقد يعترض امكانية الحجز على هذه النسخ — عملا — ما هو مسلم به للمؤلف من حق فى سحب المصنف من التداول ، بما يجعل من الحجز عليه عديم الأثر غير أنه يمكن — فى الواقع — التغلب على هذه العقبة بمد الضمانات التى تقررها المادة ٤٢ لمن آلت اليه حقوق الاستغلال المالي فى حالة السحب ، ليفيد منها الدائن الذى أوقع الحجز (١٤٥) .

١١٨ — كذلك من البديهى عدم جواز الحجز على حق الاستغلال المالى للمصنف ، اذا كان المؤلف لم يقرر بعد نشر هذا الأخير ؛ لأنه فى امكان الحجز ما يهدر حق المؤلف المطلق فى تقدير مدى ملاءمة نشر مصنفه . وتعبيرا عن هذا المعنى تقضى المادة ١٠ من قانون ١٩٥٤ فى مصر بأنه « ... ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ، ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » .

١١٩ — وهكذا ينحصر الخلاف فى مدى امكان الحجز على حق الاستغلال المالى للمصنف الذى قرر المؤلف نشره ولم يتم بعد هذا النشر . فيرى بعض الشراح أن الجانب المالى من حق المؤلف مما لا يجوز الحجز عليه (١٤٦) . حين يرى البعض الآخر على العكس امكانية

---

(١٤٤) وقد اختلف فقهاء المرافعات حول ماإذا كان بامكان الدائن ، اذا ما نفذت نسخ المصنف ، أن يعيد نشره لتوقيع الحجز على النسخ الجديدة ، ما بين مجيز لذلك ما لم يكن للمؤلف اعتراض مقبول يترك تقديره للقضاء وغير مجيز الا بعد موافقة المدين (المؤلف) ، على أساس من أن اعادة النشر هى بمثابة نشر وأن هذه الاعادة قد تضر المؤلف أدبيا اذا كان غير راض عن الطبعة الأولى . راجع فتحى والى التنفيذ الجبرى ط ١٩٧٥ ص ١٧٠ والفقه المشار اليه فى هامش ٤ وكذلك الفقه المشار اليه فى أحمد سلامة هـ ٢ ص ١١٣ .

(١٤٥) فى هذا المعنى : محمد عبد الخالق عمر ، مبادىء التنفيذ ١٩٧٧ ص ٣٢٧ ، ٣٢٨ بند ٣٣٨ .

(١٤٦) راجع جمال زكى ص ٣٥٠ بند ٤٢٥ ، ص ٣٦٠ ؛ نعمان جمعه ص ٣٨٤ ؛ اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ١٩٦٦ ط ٣ ص ٦٩ وفى نفس المعنى فتحى والى ص ١٧٠ .

ذلك ، بمعنى أن الحجز يرد على حق الاستغلال المـالى ذاته ، ويتم النشر لحساب الدائن الحاجز (١٤٧) .

ومن جانبنا فنحن نرى أن هذه الامكانية نظرية أكثر منها عملية ، ما دام أنه سيكون من المستحيل تقريبا على الدائن أن يثبت أن المؤلف ، رغم عدم نشر المصنف ، قد اتجهت نيته الى هذا النشر ، حين يقع عليه عبء هذا الاثبات فى حقيقة الأمر ، طبقا للقواعد العامة التى تقضى بفرض هـذا العبء على من يدعى خلاف الظاهر . والظاهر فى هـذا الفرض ، والمستمد من عدم نشر المصنف بالفعل ، أن المؤلف لم يستقر رأيه على هذا النشر (١٤٨) .

الطبيعة القانونية لحق المؤلف :

١٢٠ ـ هذا وكثيرا ما جرى ـ قديما ـ وصف الحقوق الذهنية بوجه عام بأنها حق ملكية (١٤٩) ، فيقال مثلا ، الملكية الصناعية ويقصد بها حق المخترع فى ابتكاره الجديد القابل للاستغلال الصناعى ، حق المبتكر فى رسـومه ونمـاذجه الصناعية ... الخ . كما يقال ، الملكية الأدبية

= كما يبدو يستخلص ذلك لدى جوجلار (دروس مازو) ص ٣٤ بند ٦٦٦ كما يقترب كل من : توفيق فرج ص ١١٩ ، ١٢٠ ، عبد الودود يحيى ص ٢٧٥ ما دام أنهما تقريبا يقصران امكانية الحجز على فرض مباشرة الاستغلال المـالى بالفعل عن طريق نشر المصنف وايقاع الحجز على النسخ.

(١٤٧) راجع أحمد سلامه ص ١١٤ بند ٥٧ ؛ حسن كيره ص ويقترب البدراوى ص ٣٦٨ بند ٢٦٨

(١٤٨) فضلا فى اعتقادنا ـ عن أن الدائن الحاجز هو الذى يقع عليه عبء اثبـات توافر جميع شروط الدعوة التنفيذية ، ومنها قابلية المـال للحجز عليه .

(١٤٩) راجع مثلا من انصار هذا الوصف :

JOSSFRAND (L): cours de droit civil positif français T. 1. 2 éd. 1932 p. 791 No 1527.

وانظر كذلك استئناف باريس فى ١٩٥٣/١٢/٢٨ مشار اليه فى جمال زكى ص ٣٤٩ هـ ٣ ونقض فرنسى ٨١٨١/٨/١٦ مشار اليه فى

DEBOIS (H) : Le droit d, auteur en france 2 éd. 1966 p. 239 No 210.

والفنية ، ويقصد بها حق المؤلف على ثمرات فكره [١٥٠] . وقد تأثر المشرع المصرى نفسه بهذا التكييف فى المجموعة المدنية القديمة ، حين قضت المادة ١٢ من التقنين المدنى الوطنى — على سبيل المثال — بأنه : « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته ، وحق الصانع فى ملكية مصنوعاته ، على حسب القانون المخصوص بذلك » [١٥١] .

بيد أن طبيعة هذه الحقوق تتنافى — فى الواقع — واسباغ وصف الملكية عليها ، للأسباب الآتية :

١ — أن مكنات حق الملكية ، ومنها مكنة استعمال الشىء المملوك ، مما يتوفر للمالك على سبيل الاستئثار أو الانفراد ، حين لا يتصور — على العكس — استعمال الحقوق الذهنية الا من طريق نشرها ، مما يتيح للكافة الافادة منها . فاذا كان المالك ، كما عبر البعض بحق ، « يقبض يديه على الشىء الذى يحوزه » [١٥٢] فان « المخترع أو المؤلف ، يفتحانهما واسعة ليلقيا بكنوزها الى الكافة » [١٥٣] .

٢ — أن الملكية حق دائم ، بينما أن الحقوق الذهنية هى حقوق مؤقتة ، محدودة بمدة معينة تسقط بعدها فى الملك العام ، بالنظر الى حق المجتمع نفسه على صاحب الانتاج الذهنى ، لما أفاد — فى انتاجه هذا — من مجموع التراث الفكرى للانسانية .

٣ — أن الحقوق الذهنية تتضمن — الى جانب عنصرها المالى — عنصرا آخر قد يكون أكثر أهمية ، عنصرا معنويا وثيق الصلة بشخص صاحبه ، مما يعتبر — فى الواقع — من قبيل حقوق الشخصية ، بما

---

(١٥٠) راجع فى مبررات اطلاق هذا الوصف على هذه الحقوق ، جوجلار (دروس مازو) ص ٦٩٣ بند ٦٦٦ .

(١٥١) كذلك كان القضاء الوطنى والمختلط فى هذه المجموعة يأخذ بهذا التكييف .

راجع مثلا الأحكام المشار اليها فى جمال زكى ص ٣٤٩ هـ ٧ ، ٨ .

(١٥٢) ، (١٥٣) : روبييه مشار اليه فى جمال زكى هـ ٩ ص ٣٥٠ ؛ وفى نفس المعنى ديبوا مشار اليه فى نفس الموضع .

لا يسوغ معه تجاهل هذا العنصر كلية ، واسباغ وصف الملكية على هذه الحقوق (١٥٤) . ما دام أنه مع وجود هذا العنصر الأدبى لا يتفق مركز المؤلف ومركز المالك . فالمؤلف — على سبيل المثال — حين يتنازل عن كل حقوقه المالية على مصنفه ، يظل يحتفظ — مع ذلك — بحقه الأدبى عليه ، بما يسمح له — كما سبق أن فصلنا — بأن يوقف نشر هذا المصنف ، حين أنه لوكان يتنازل عن حق ملكية عادية لكان هذا التنازل نهائيا وشاملا ، ولجرده — بالتالى — من كل مكنات المالك (١٥٥) .

٤ — كل ذلك فضلا عن أن الملكية تفترض — ككل حق عينى — شيئا ماديا تقع عليه ، حين ينفصل — كما سبق أن نوهنا — حق المؤلف فى ذاته عن الشىء المادى (كنسخة الكتاب مثلا) الذى يتجسم فيه المصنف عملا .

وهكذا كان البعض على حق ، حين نبه الى أن أمثال هذه الحقوق ، اذا كانت حتما لا تشكل حق ملكية ، فانها — حتى — لا تقترب منها ، ولا من أى حق عينى آخر (١٥٦) ، انها فى وجهها المالى « احتكار استغلال مؤقت ، يخول صاحبه مزايا متعددة لكل منها قيمته المالية» (١٥٧) . وفى وجهيها معا (المالى والأدبى) ، نوع خاص من الحقوق (١٥٨) ، يمكن لهذا الازدواج فى عناصره أن نسميه ، كما سبق أن ذكرنا ، بالحقوق المختلطة .

١٢١ — ويبقى أن ننوه — فى هذا الخصوص — الى أنه بالنظر الى أن الجانب المالى من حق المؤلف لا يستجيب للتعريف الذى تعطيه

---

(١٥٤) راجع فى هذا المعنى جمال زكى ص ٣٥٠ الهامش .
(١٥٥) راجع فى هذا المعنى جوجلار . ص ٦٩٣ بند ٦٦٦
(١٥٦) ، (١٥٧) جوجلار ص ٦٩٤ بند ٦٦٦
(١٥٨) يشكل طائفة خاصة ، لا هى بالحقوق الشخصية ، ولا بالحقوق العينية : من هذا الرأى روبييه (١٩٣٥) ص ٢٨٥ ؛ وراجع عكس ذلك وانتقاد تصنيف هذه الحقوق كطائفة مستقلة دابان (١٩٣٩) ص ٤٣٧ .

المجموعة المدنية للأموال العقارية (١٥٩) ، فانه يجب تصنيفه ضمن طائفة الأموال المنقولة (١٦٠) ، واخضـاعه ـ عند عدم وجود نص خاص ـ لمـا تخضع له هذه الأموال من أحكام (١٦١) ، (١٦٢) .

حماية حق المؤلف :

هذا وقد كفل المشرع حماية فعالة لحق المؤلف ، حين جعـل من الاعتداء على هذا الحق جريمة جنائية ، يقال لهـا فى الاصطلاح جريمة التقليد ، تعرض مرتكبها للعقوبة الجنائية . فضلا عن حق المؤلف فى مطالبة المعتدى بالتعويض ، طبقا للقواعد العامة فى المسئولية . بل انه بالنظر الى أن أمد النزاع قد يطول فيما بين المؤلف والمعتدى ، فقد كفل المشرع للمؤلف بعض الاجراءات التحفظية التى تمكنه من وقف الاعتداء ، درءا لتفاقم الأضرار التى يمكن أن تلحق به (١٦٣) . وذلك كله على التفصيل التـالى :

أ ـ الاجراءات التحفظية :

١٢٢ ـ ورد النص على هذه الاجراءات فى المـادتين ٤٣ ، ٤٤ من قانون ١٩٥٤ . وبموجب الأولى منهمـا ، يكون لرئيس المحكمة الابتدائية ـ بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه ، وبمقتضى أمر يصـدر

---

(١٥٩) حين عرفت المـادة ٣٨ مدنى هذه الأموال بأنها « كل حق عينى يقع على عقار بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار » .

(١٦٠) ما دامت الفقرة ٢ من المـادة ٨٣ سـابقة الاشـارة تجعـل من قبيل هذه الأموال كل مالا يعتبر من قبيل الاموال العقارية ..

(١٦١) راجع فى هذا المعنى جوجلار ص ٦٩٤ بند ٦٦٦

(١٦٢) وقد رتبت على ذلك محكمة النقض الفرنسية ،دخول حق الاستغلال المالى للمصنف ضمن الأموال المشتركة بين الزوجين . راجع أحكام ١٩٠٢/٦/٢٥ ؛ ١٩٤٥/٥/١٤ ؛ ١٩٥٦/١٢/٤ ؛ ١٩٧١/٦/٤ مشار اليها فى جوجلار هـ ٥ ص ٦٩٤

(١٦٣) راجع فى تفاصيل حماية المؤلف فى فرنسا طبقا لقانون ١١ مارس ١٩٥٧ : سافاتييه (مقال ١٩٥٧ سابق الاشارة) ، البنود من ٦٠ـ٦٧

على عريضـــة ــ أن يأمر بما يأتى من الاجراءات ، وذلك بالنسبة لكل مصنف ينشر أو يعرض دون اذن كتابى من المؤلف أو ممن يخلفه :

أولا : اجراء وصف تفصيلى للمصنف .

ثانيا : وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته .

ثالثا : توقيع الحجز على لمصنف الأصلى أو نسخه ، وكذلك على المواد التى تستعمل فى اعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه ، بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة الا لاعادة نشر المصنف .

رابعا : اثبـات الأداء العلنى بالنسبة لايقاع أو تمثيل أو القـــاء مصنف بين الجمهور ، ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلا .

خامسا : حصر الايراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير يندب لذلك ان اقتضى الحـال ، وتوقيع الحجز على هذا الايراد فى جميـع الأحوال .

على أنه يجب أن يرفع الطالب أصل النزاع الى المحكمة المختصة فى خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور الأمر ، والا زال كل أثر لهـذا الأخير . ومن جهة أخرى أجازت المـادة ٤٤ لمن صدر ضـده الأمر أن يتظلم منه أمام رئيس المحكمة الآمر (١٦٤) .

(ب) الجـزاء الجنائى :

١٢٣ ــ ورد النص على هــذا الجـزاء فى المـادة ٤٧ من قانون

---

(١٦٤) وفى هذه الحالة لرئيس المحكمة ــ بعد سماع أقوال طرفى النزاع ــ أن يقضى بتأييد الأمر او الغـائه كليا أو جزئيـا ، أو بتعيين حارس تكون مهمته اعادة نشر او عرض صناعة أو استخراج نسـخ للمصنف محـل النزاع . على أن يودع الايراد الناتج فى خزانة المحكمة الى ان يفصل فى أصل النزاع من المحكمة المختصة .

١٩٥٤ ، حين قضت بأنه يعتبر مكونا لجريمة التقليد ، ويعاقب عليه بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد عن مائة جنيه ، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية دون اذن من المؤلف أو ممن يخلفه :

أولا : نشر المصنف أو استغلاله ، أو ادخال تعديلات عليه .

ثانيا : بيع مصنف مقلد ، أو ادخال مصنفات منشورة فى الخارج وتشملها الحماية التى يفرضها هذا القانون الى داخل البلاد .

ثالثا : تقليد مصنفات منشورة بالخارج فى مصر ، وبيع هذه المصنفات أو تصديرها أو تولى شحنها الى الخارج .

وقد شدد المشرع العقوبة فى حالة العود ، فجعلها الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور ، وغرامة لا تزيد على ثلاثمائة جنيه ، أو احدى هاتين العقوبتين . كما أجاز للمحكمة توقيع عقوبات تبعية أخرى ، كأن تقضى بغلق المؤسسة التى استخدمها المقلدون أو شركاؤهم فى ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا ، أو بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع والتى لا تصلح الا لهذا النشر ، وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة . كما أجاز لها أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

(ج) الجزاء المدنى :

١٢٤ — غير أن ما تقدم لا يخل بأن الاعتداء على حق المؤلف يشكل فى ذاته خطأ مدنيا ، يعرض المعتدى لامكان الحكم عليه بالتعويض طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية .

ولكفالة حصول المؤلف على حقه فى التعويض ، جعل المشرع لهذا الدين ، فى المادة ٤٥ — ٣ امتيازا « على صافى ثمن بيع الأشياء وعلى النقود المحجوز عليها » . وتتحدد مرتبة هذا الامتياز بعد « امتياز

المصروفات القضائية والتى تنفق لحفظ وصيانة تلك الأشـياء ولتحصيل تلك المبالغ » .

كما أجاز المشرع للمحكمة المطروح أمامها أصل النزاع — فى سبيل وقف الاعتداء وازالة آثاره — أن تأمر — بنـاء على طلب المؤلف أو من يقوم مقامه — باتلاف نسخ أو صور المصنف الذى نشر بوجه غير مشروع والمواد التى استعملت فى نشره ، بشرط ألا تكون صـالحة لعمل آخـر . وكذلك بأن تأمر بتغيير معالم النسخ والصور والمواد أو جعلها غير صالحة للعمل ، وذلك كله على نفقة المسئول ، اللهم الا فى الحالات الاستثنائية التى وردت فى هذا الشأن على سبيل الحصر (١٦٥) .

١٢٥ — ويبقى — من بعد ما تقدم — الاشارة الى أن حق المؤلف يظفر من زمن بعيد بحماية دولية ، تنظمها اتفاقية برن فى ٩ سبتمبر ١٨٨٦ ، المعـدلة فى مؤتمر بروكسل فى سنة ١٩٤٨ .

---

(١٦٥) وتنحصر هذه الحالات فى :

١ — حالة انقضاء حق المؤلف فى فترة تقل عن سنتين ابتـداء من تاريخ صدور الحكم ، حيث يجوز للمحكمة ، بدلا من الحكم بالاتلاف أو تغيير المعـالم ، أن تكتفى بالحكم « بتثبيت الحجز التحفظى على هذه الأشياء وفاء لمـا تقضى به للمؤلف من تعويضات » .

٢ — حالة ما اذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف الى اللغة العربية ، حين لا يجوز الحكم بالاتلاف أو تغيـير المعالم ، وانما « يقتصر الحكم على تثبيت الحجز التحفظى على المصنف المترجم ، وفاء لمـا تقضى به المحكمة للمؤلف من تعويضات » .

٣ — حالة ما اذا كان النزاع خاصا بالاعتداء على « حقوق المهندس المعمارى الذى تكون تصميماته ورسومه قد استعملت بوجه غير مشروع » ، حين لا يجوز عندئذ أن تكون المبانى التى أنشئت نتيجة لهذا الاستعمال ، محلا لحجز « ولا أن يقضى باتلافها أو مصادرتها » ، بل يقتصر حق المؤلف على التعويض عن الضرر الذى أصابه (راجع المـادتين ٤٥/٢،١ ؛ ٤٦ من قانون ١٩٣٤) .

الباب الأول
نشأة الحق

تمهـــيد :

الواقعة القانونية هى المصدر المباشر للحق :

١٢٦ ــ سبق أن عرفنا الحق بأنه « مركز قانونى ، يخــول من ينفرد به ، فى حدود القانون ، أن يستأثر بمصلحة ما » • ومؤدى هــذا التعريف أن القــانون هو مصــدر جميع الحقــوق التى تثبت للأفراد فى المجتمع •

غير أن التنظيم القانونى للحقوق ليس يعنى ــ مع ذلك ــ أن تثبت هــذه الأخيرة جميعهــا لكل فرد فى المجتمع وتلقائيا بمجرد ميلاده ، والا تجردت من صفتها كحقــوق ، ما دام أن الحق يفترض أن يستأثر صــاحبه بما يخــوله من ميزات تضــعه فى مركز ممتاز على غيره ممن لا يكتسبون هــذا الحق • ولذلك فان الوضع الطبيعى للأمور أن تثبت حقوقا لبعض الأفراد لا تثبت لبعضهم الآخر • وما ذلك الا لأن القانون نفســه انمــا يربط ثبوت الحق لصاحبه بحدوث أمور معينة أو بتوافر أسباب معينة يجعلها صالحة لترتيب هذا الحق • فتكون هــذه الأمور أو تلك الأسباب ، التى حولت الحق من مركز مجرد الى مركز « تطبيقى واقعى » (١) يخص شخص معين ، هى ــ فى الواقع ــ المصدر المباشر للحق الذى نشأ لمن اتصلت به هــذه الأمور أو توافرت فى شأنه هــذه الأسباب • ليغدو القانون ، الذى يخلع على هذه الأمور أو هذه الأسباب صلاحيتها لانشاء الحق ، هو المصدر غير المباشر أو البعيد لنشأة الحق •

هــذه الأمور أو الأسباب ، هى ما يطلق عليه اصلاحا ، الوقائع

---

(١) نعمان جمعه ص ٥٤٨ .

القانونية • فالواقعة القانونية Le fait juridique هى اذا المصـدر المباشر للحق •

تعريف الوقائع القانونية ، ونوعاها ، تقسيم :

١٢٧ ــ والواقعة هى حدث يطرأ ، فيترتب عليه تغيير فى المراكز القانونية السابقة على وقوعه • اما بنشأة حقـوق لم تكن موجودة من قبل(٢)، أوبتعديل حقوق قائمة(٣) ، أو بزوال حقوق كانت موجودة(٤)•ومن ثم يتضح أن الوقائع القانونية يتعدد آثارها ، فهى لا تقتصر على انشاء الحقوق ، وانما ترتب من الآثار كل ما يجعلها القانون صالحة لترتيبه •

١٢٨ ــ هذه الوقائع القانونية يمكن تصنيفها فى طائفتين : وقائع طبيعية ، وهى ما يحدث بفعل الطبيعة وحدها ، ووقائع ترجع الى فعـل الانسان •

أولا : الوقائع الطبيعية :

الوقائع الطبيعية هى الأمور التى تحدث بفعل الطبيعة وحدها ، دون أن يكون للانسان أى دخل فى حدوثها •

أمثال هذه الأمور مما يمكن أن يجعله القانون سببا لنشأة الحقوق • غير أنها لمـا كانت تحدث دون تدخل من الانسان ، فانه كثيرا ما يتغاضى عنها ، وينسب الأثر الذى يترتب عليها الى القانون مباشرة ، فيقال بأن هـذا الأخير هو المصدر المباشر لهـذه الحقوق • وهو ما عبرت عنه

---

(٢) كاصطدام سيارة بشخص ، يرتب للأخير حقا فى التعويض قبل من احدث به الاصابة •

(٣) كحوالة الحق ، يترتب عليها تعديل فى العلاقة التى كانت تربط الدائن بالمدين ، ليحل دائن جديد (المحال له) محل الدائن القديم (المحيل) فى علاقته بالمدين •

(٤) كمرور الزمن قد يترتب عليه سقوط الدين (الحق) بالتقادم ، ما دام أن الدائن قد أهمـل فى المطالبة بحقه خلال المدة التى يحـددها القانون ، مع امكان هذه المطالبة •

المـادة ١٩٨ مدنى حين قضت بأن « الالتزامات (أو الحقوق) التى تنشأ مباشرة من القـانون وحده ، تسرى عليهـا النصـوص القانونية التى أنشأتها » .

وتشمل هـذه الوقائع :

ـ ما يرجع الى الظـواهر الطبيعية ، كمرور الزمن يترتب عليـه استحقاق الدين ، وكحدوث زلازل أو فيضانات يمكن أن يعتبر من قبيل القوة القاهرة التى تؤدى الى انقضاء الالتزام .

ـ كما أن منها ما يتصل بالجماد أو النبات أو الحيوان ، كواقعة الجوار تنشىء حقوقا والتزامات متبادلة بين الجيران ، وكنضج الثمـار يمكن أن تنتهى به مدة ايجار الأرض الزراعية ، وكنتاج المواشى قد يرتب حقا لمـالكها أو لراعيها .

ـ بل ان منها ما يتصل بالانسان دون أن يكون له دخل فى حدوثه ، كالميلاد تبدأ به الشخصية القانونية للمولود وتثبت له به أهلية الوجوب ، وكالقرابة بما ترتبه من حقوق والتزامات (كالنفقة) ، وكالموت يترتب عليه انتقال التركة الى الورثة .

ثانيا : الوقائع التى من فعل الانسان :

وسميت كذلك لأنها أمور مما يحدث بفعل الانسان ، أى بتدخل من جانبه . ويطلق عليها الفقه فى بعض الأحيان ـ تمييزا لها عن الوقائع الطبيعة ـ اصطلاح « الوقائع الاختيارية » (٥) ، وهو اطلاق غير دقيق ، اذ قد يحمل على الاعتقاد بأن كل هـذه الأمور مما يقصد الانسان الى احداثه ، أو مما يقصد الى نتيجته ، حين أن البعض منها ـ على العكس ـ مما يمكن أن يرتب آثارا قانونية لمجرد حدوثه بفعل الشخص ولو لم يكن يقصد الى اتيان هذا الفعل ، أو لم يكن يقصد الى نتيجته .

وتنقسم هـذه الوقائع بدورها الى : أعمـال مادية ، وتصرفات قانونية . ونخصص لكل منها فصلا مستقلا .

---

(٥) انظر مثلا عبد الودود يحيى ص ٣٨٢ .

الفصل الأول

الأعمال المادية (الأفعال)[٦]

المقصـود بهـا :

١٢٩ ــ يقصـد بالأعمـال المـادية ، الأفعال التى تصدر من الشخص ، فيجعل القانون من وقوعها ذاته كافيا لنشأة الحق ، دون نظر لارادة محدثها [٧] ، بمعنى دون نظر لمـا اذا كان قد قصد الى ما يرتبه عليها القانون من أثر أم لم يقصد ، بل لمـا اذا كان قد قصد الى اتيان الفعل نفسه أم لم يقصد . أكثر من ذلك فانه حتى اذا ما كان يقصد الأثر القانونى الذى يترتب عليها فان هذا القصد وحده ما كان ليرتب هذا الأثر لولا اقترانه بالفعل المـادى .

هذه الأعمال المـادية قد تكون مصدرا لحق شخص ، وقد تصلح سببا لكسب الحق العينى :

---

(٦) يلاحظ أن الفقـه يطلق على هـذا النوع من الوقائع اصـطلاح « الواقعة القانونيـة » Le fait juridique ، للمقابلة بينها وبين ما يسمى من الوقائع فى الاصطلاح بـ « التصرف القـانونى » L'acte juridique حين أن هـذا الأخـير لا يعدو هو الآخر أن يكون من قبيل الوقائع القانونية ، ما دام أن هذه الأخيرة بالمعنى العام هى كل حدث يقع فيترتب على وقوعه أثرا قانونيا (راجع فى هـذا المعنى مارتى ورينـو جـ ١ فى ٢٧١ بنـد ١٤٧) . ولذلك فنحن نؤثر أن نحتفظ لهذه الأعمـال بهذا الاصطلاح حتى لا نضـطر الى التنبيه باستمرار الى أن الواقعـة القانونية تفهم بمعنيين : معنى واسع ، هو كل حدث يرتب أثرا قانونيا ، ومعنى ضيق يقابل التصرفات القانونية وهو ما نسميه بالأفعال المـادية .

(٧) أو كما عبر بعض الشراح الفرنسيين :

« un événement qui modifie une situation juridique mais sans que ce résultat ait été Voulu »

جوجـلار (دروس مازو) ص ٢٩٥ بنـد ٢٥٨ ؛ وفى نفس المعنى شيفاليه ص ٢٧ .

الأعمال المادية كمصدر للحق الشخصي :

قد يجعل القانون من الأعمال المـادية ، على التحديد السابق ، سببا لنشأة الحقوق الشخصية (الالتزامات) ، كما في الحالات الآتية :

١ ـ الفعل الضار :

١٣٠ ـ فاذا ارتكب الشخص فعلا أضر بالغير ، ماديا كان هـذا الضرر (كاتلاف مزروعاته مثلا) أو أدبيا (كتشهير بسمعته) ، نشـأ للمضرور في مواجهة هـذا الشخص حقا في التعويض عن الضرر الذي أصابه . وفي هذا المعنى تقضي المـادة ١٦٣ مدنى بأنه « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » .

هذا الحق ينشأ ـ في الواقع ـ من واقعة الفعل الضار ذاتها ، على الرغم من أن مرتكبه ما كان يقصد بطبيعة الحال الى النتيجة التي يرتبها القانون على هذه الواقعة ، وهي الزامه بتعويض المضرور . كما أنه ينشأ سواء كان مرتكب هذا الفعل يقصد الى اتيانه ، أي الى الاضرار بالغير (كالقتل العمدى) أم وقع منه دون أن يقصد الى اتيانه (كالقتل باهمال) .

غير أنه يشترط حتى يكون الفعل الضار مصدرا للالتزام (أو للحق الشخصي في التعويض) أن يصدق عليه وصف الخطأ ، وهو ـ في هذا الصدد ـ كل انحراف عن مسلك الرجل المعتاد ، وأن يكون هناك ضررا أصاب من تعرض لهذا الفعل ، وأن يكون هـذا الخطأ هو سبب هـذا الضرر ، وهو ما يعبر عنه في الاصطلاح بضرورة توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

ويتعين ـ بطبيعة الحال ـ على المضرور أن يقيم الدليل على توافر هـذه العناصر الثلاث (أركان المسئولية المدنيـة) ؛ وان كان المشرع لاعتبارات معينة ، وبالنظر الى صعوبة اثبات الخطـأ في بعض الأحيان ، يفترض هـذا الأخير من مجرد وقوع الفعـل في ذاته . فالأب مثـلا يفترض فيه أنه قد قصر في واجب رقابته لابنه وفي توجيهه ، من مجرد

احداث هذا الأخير لضرر بالغير ، الى أن يقوم باثبات العكس (٨) • بل ان المشرع قد يجعل هـذا الافتراض مما لا يقبل اثبات العكس من جانب المسئول فى بعض الأحيان • فيفترض فى رب العمـل ــ مثلا ــ فرضا لا يقبل اثبات العكس ، أنه قد قصر فى واجب رقابة العامل وتوجيهه ، من مجرد وقوع الفعل الخاطىء الذى أضر بالغير حال تأدية العامل لوظيفته أو بسبب هـذه الوظيفة • ومجال تفصيل كل هـذه الأمور هو باب المسئولية المدنية (٩) •

٢ ــ الفعل النافع :

١٣١ ــ على العكس من الصـورة السابقة ، يربط القانون هنا نشـأة الحق بما يؤدى اليه الفعل من نفع • وهذا النوع من الأعمـال المـادية يمكن أن يرتب الحق الشخصى (الالتزام) فى فروض ثلاث :

أ ــ الفرض الأول : ويطلق عليه اصطلاحا « الاثراء على حساب الغير» وفيهيؤدى الفعل الذى وقع الى اثراء ذمةشخص (المثرى) علىحساب ذمة شخص آخر (المفتقر) ، وذلك بلا سبب قانونى يسوغ هذا الاثراء أو هذا الافتقار • فيلتزم المثرى ــ تبعا لذلك ــ بأن يدفع للمفتقر أقل القيمتين : قيمة الاثراء أوقيمة الافتقار•وفىهذا المعنى تقضى المادة/١٧٩ مدنى بأن « كل شخص ولو غير مميز ، يثرى بدون سبب مشروع على حساب آخر ، يلتزم فى حدود ما أثرى به ، بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة • ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الاثراء فيما بعد » •

ويمكن أن نمثل لهذا الفرض ، بأن يبنى شخص على أرض مملوكة

---

(٨) اما بنفى الخطـأ عن طـريق اثبات الرقابة الواجبـة وحسن التوجيه ، او بنفى علاقة السببية من طريق اثبـات أن الضرر كان لابد سيقع ولو قام بهذه الرقابة بما ينبغى من عناية .

(٩) لمزيد من التفاصيل فى الفعل الضار كمصـدر للحق الشخصى (المسئولية المدنية) راجع مارتى ورينو ص ٢٩٣ بنـد ١٦٣ .

له ، بمواد مملوكة لغيره ، فيثرى بذلك على حساب مالك هذه المواد ، فيجعله القانون لذلك ملتزما بأن يدفع له قيمة هذه المواد .

ب — الفرض الثانى : ويقال له فى الاصطلاح « دفع غير المستحق » ، وهو يتحقق حين يتسلم شخص على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له ، حين يوجب عليه القانون رد ما تسلمه م/١٨١ .

جـ — أما الفرض الثالث : ويقال له فى الاصطلاح « الفضالة » ، فانه يتحقق حين يتولى شخص ، عن قصد ، القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك . حين يكون من تم العمل لصالحه (ويقال له رب العمل)ملتزما بأن يعوض الفضولى عما أنفق من مال وما تكبده من خسارة فى سبيل قيامه بهذا العمل م/١٨٨،١٩٥[١٠].

الأعمال المادية قد تصلح سببا لكسب الحق العينى :

وقد تصلح الأعمال المادية سببا لكسب الحق العينى ، وذلك فى فروض عديدة ، تتميز باتجاه ارادة من أحدث الفعل الى نتيجته بحسبانها تكسبه حقا ، وان كان القانون يرتب نشأة الحق ، أساسا ، على ذات الواقعة المادية ، أى على ذات الفعل . ومن ذلك :

١ — واقعة الاستيلاء :

١٣٢ — فمن يضع يده على منقول لا مالك له ، بنية تملكه ، يتملك هذا المنقول . م/٨٧٠ . و « يصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته » [١١] م ٨٧١/١ . ولذلك ففارق بين

---

(١٠) راجع فى تفاصيل الفعل النافع كمصدر للحق الشخصى (الالتزام) مارتى ورينو ص ٢٩٤ .

(١١) « وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . واذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له اذا لم يتبعه المالك فورا أو اذا كف عن تتبعه . وما روض من الحيوانات وألف الرجوع الى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له » م ٨٧١ — ٢ .

المنقولات المتروكة ، والتى يمكن أن تكون محلا للاستيلاء ، والأموال الضائعة التى لم يقصد صاحبها أن يتخلى عن ملكيتها ، والتى لا تصلح أن تكون محلا للاستيلاء ، وانما تنظمها القوانين الخاصة •

٢ ـ واقعة الالتصاق :

١٣٣ ـ كذلك تصلح واقعة الالتصاق الذى يتم بفعل الانسان[١٢]، سببا لكسب الحق العينى ، حين يندمج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين ، بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ، فتؤول لمالك الشىء الأساسى ملكية الشىء الثانوى الذى التصق به • كمن يبنى على أرضه بمواد مملوكة للغير ، فتؤول اليه ملكية هذه المواد ، ويلتزم بتعويض صاحبها عنها •

٣ ـ واقعة الحيازة :

١٣٤ ـ حين يضع شخص يده على شىء مملوك للغير بنية تملكه ، فيكتسب هذا الشخص ملكية هذا الشىء اذا مضت على وضع يده وسيطرته على هذا الشىء مدة خمسة عشر سنة ، ما لم يكن هذا الشىء منقولا تلقاه بحسن نية ممن يعتقد أنه مالكه وبتصرف من شأنه أن ينقل الملكية لو صدر من مالك (سبب صحيح) فيتملكه فورا ، وهو ما يعبر عنه بقاعدة « الحيازة فى المنقول سند الحائز » ، أو كان هذا الشىء عقارا آل الى الحائز بالشرطين السابقين (حسن النية ، والسبب الصحيح) ، فيتملكه بمضى مدة خمس سنوات حين يقال للحيازة فى هذا الفرض الأخير ، اصطلاحا التقادم الخمسى (أو القصير) •

وفى هذا المعنى تقضى المادة/٩٦٨ مدنى بأنه « من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشىء أو الحق العينى ، اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » •

---

(١٢) فيقال له ـ تبعا لذلك ـ الالتصاق الصناعى ، تمييزا له عما يحدث من التصاق بفعل الطبيعة ، وهو ما يقال له الالتصاق الطبيعى .

كما تضيف المـادة/٩٦٩ أنه « اذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري ، وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته الى سبب صحيح ، فان مـدة التقـادم المكسب تكون خمس سـنوات • ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقى الحق • والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون » •

غير أنه ، فى جميع الأحوال ، « لا يجوز تملك الأموال الخاصـة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم ••• » م ٩٧٠ مدنى •

الفصل الثاني

التصرفات القانونية

تعريفها ، وتمييزها عن غيرها :

١٣٥ ــ أما التصرف القانونى L' acte juridique فانه ، اتجاه الارادة الى احداث أثر قانونى ، سواء كان هذا الأثر هو انشاء حق (كالهبة) ، أو نقله (كالحوالة) ، أو تعديله (كالتجديد) ، أو انهاؤه (كالابراء) .

ويتميز التصرف القانونى عما عداه من الوقائع القانونية الأخرى بجميع أنواعها ، بأن الارادة فيه هى مناط ما يترتب عليه من آثار قانونية . فينشأ الحق (الالتزام) مستندا الى هذه الارادة ، بحيث يكون المرجع الى هذه الأخيرة وحدها فى تحديد مضمون هذا الحق ومداه ، وذلك على العكس من المصادر الأخرى ، كالوقائع الطبيعية أو الأفعال المادية ، حيث تحدد نطاق ما ينشأ عنها من حقوق (أو التزامات) قواعد القانون نفسها .

مبدأ سلطان الارادة :

١٣٦ ــ وهكذا يهيمن على التصرف القانونى فى تكوينه وفى انتاج آثار ما يقال له مبدأ سلطان الارادة

Le princide L'autonomie de la volonté

وهو يعنى أن للارادة فى التصرف القانونى قدرتها من زاويتين :

١ ــ أنها ــ أولا ــ تكفى بذاتها لانشاء الحق دون حاجة الى افراغ التصرف فى اطار شكلى معين . ويقال لهذا الوجه من وجوه مبدأ سلطان الارادة ، مبدأ الرضائية .

٢ — أن للارادة — من ناحية أخرى — حريتها فى تحديد مضمون العقد ، أى تحديد ما يترتب عليه من آثار • ويقال لهذا الوجه من وجوه مبدأ سلطان الارادة ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين •

١٣٧ — على أن مبدأ سلطان الارادة ، انما يقبل ، على سبيل الاستثناء ، قيودا ترد على وجهيه سابقى الذكر :

(أ) فأحيانا لا يكتفى المشرع بالارادة وحدها لانشاء بعض العقود ، وانما يتطلب أشكالا خاصة فى ابرامها • فعقد الهبة ، على سبيل المثال ، لا ينعقد الا بورقة رسمية م/٤٤٨ • وكذلك الحال فى عقد الرهن الرسمى م/١٠٣١ • وقد يكتفى المشرع فى الشكلية بالكتابة العرفية ، كما هو الحال فى عقد الشركة • م/٥٠٧ • وقد تأخذ الشكلية صورا أخرى غير الكتابة • فعقد الزواج لا ينعقد صحيحا الا بحضور شاهدين ، وهبة المنقول تستلزم تسليم الشىء الموهوب الى الموهوب له ، ان لم ينعقد الاتفاق عليها بورقة رسمية •

على أن يلاحظ ، أن هناك فوارق هامة بين الشكلية كقيد على مبدأ الرضائية فى العصر الحديث ، وبين الشكلية فى بعض القوانين القديمة ، كالقانون الرومانى • فالشكلية الحديثة هى من ناحية ، استثناء ، هادف ، ومحصورة • كما أنها لا تغنى من ناحية أخرى عن الارادة • وهى فى كل ذلك تختلف عن الشكلية فى القانون الرومانى •

فاما أنها استثناء ، فلأن الأصل كما قلنا هو قدرة الارادة وحدها على انشاء الالتزام • وأما أنها هادفة ، فلأن المشرع لا يقصدها لذاتها ، وانما لتحقيق أهداف مبررة • فالشكلية فى عقد الهبة ، على سبيل المثال ، يهدف بها المشرع الى نوع من التعقيد فى الاجراءات ، لعل الواهب يدرك ، مع الوقت ، خطورة العمل الذى يقدم عليه • وهى بعد ذلك ، محصورة فى صور محددة (كتابة ، شهادة ، تسليم) ، ولا يغنى توافرها عن توافر الارادة ذاتها • ومن ثم يجوز فى عقد استوفى شروطه الشكلية ،

أن يطعن أحـد العاقدين بالبطلان لعيب شاب رضاه • أما فى القـانون الرومانى فقد كانت الشكلية هى الأصل ، بحيث لا ينعقد العقد الا بالتلفظ بألفاظ معينة وباستعمال طقوس معينة • بحيث اذا توافر شرط الشكل ، انعقد العقد دون ما أهمية الى عنصر الارادة فيه •

(ب) من ناحية أخرى ، كثر تدخل المشرع فى العصر الحـديث ، وبعد انتشار المذاهب الاشتراكية ، فى اطار العقـود ، ليفرض بقواعد آمرة ، قيودا على حرية الطرفين فى تحديد مضمون أو آثار العقد • حتى عرف فى العصر الحاضر ما يقال له « العقد الموجه Le contrat dirigé • ففى عقد ايجار الأماكن والأراضى الزراعية ، على سبيل المثال ، تلغى حرية المؤجر والمستأجر فى تحديد الأجرة ، ومدة الايجار ، حيث تنظم هـذه الأمور قواعد آمرة ، لا يجوز الخروج عليها •

كذلك ، واستثناء من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، يجعل المشرع للقاضى سلطة التدخل فى نطاق العقد ، للتعديل من شروطه ، اذا كانت تلحق بأحد طرفى العقد ارهاقا جسيما ، أو اذا كانت شروطا تعسفية أملاها أحد الطرفين على الآخر • وفى هذا المعنى تقضى المـادة ٢/١٤٧ مدنى بأنه « اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعهـا ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهـدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعـا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول•ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك » •وتقضى المـادة/١٤٩ بأنه « اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط ، أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لمـا تقضى به العدالة•ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك »•

صورتا التصرف القانونى :

هـذا ويأخذ التصرف القانونى احـدى صورتين : اما العقـد ، أو الارادة المنفردة •

أ ــ العقد : Le contrat

١٣٨ ــ فأما العقد فانه توافق ارادتين (أو أكثر) على احداث أثر قانونى معين • وهو يعتبر ــ بحق ــ أهم مصادر الالتزام (الحقوق) جميعا ، وأكثرها شيوعا فى الحياة العملية •

وهكذا فان أمثلة العقد مما لا يقع ــ بداهة ــ تحت حصر ، كعقد البيع تتفق فيه ارادتى البائع والمشترى على ترتيب أثر قانونى هو نقل ملكية الشىء المبيع فى مقابل الثمن • وكعقد الحوالة ينتقل به الحق من المحيل (الدائن الأصلى) الى المحال له (الدائن الجديد) ان كان حوالة حق ؛ أو ينتقل به الدين من على عاتق المدين الأصلى الى المدين الجديد (المحال عليه) ان كان حوالة دين • وكعقد التجديد ، يتعدل به الالتزام الأصلى بتغيير أحد عناصره الجوهرية مما يؤدى الى انقضائه وحلول التزام (حق) جديد محله ••• الخ •

١٣٩ ــ ويتضح من التعريف السابق ، أن العقد يفترض :

١ ــ أن توجد ارادتين على الأقل ، تتطابق كل منهما مع الأخرى • فالعقد لا يتصور ــ فى الواقع ــ الا بين شخصين على الأقل • وان كان ليس ما يمنع ــ كما سنعرف ــ من أن يلتزم الشخص بارادته وحده ، فيترتب على التزامه هذا نشوء حق الغير ، دون أن تقترن ارادة هذا الأخير بارادة الملتزم • وهكذا ينشأ الالتزام (أو الحق) فى هذا الفرض الثانى من مصدر آخر غير العقد •

٢ ــ أن تتجه هاتين الارادتين الى ترتيب أثر قانونى ، أى أثر مما يمكن جبر المدين على تنفيذه اذا لم يقم به طواعية • أما اذا لم يتوافر هذا القصد ، فاننا لا نكون بصدد عقد بالمعنى الدقيق ، وانما بصدد عمل من أعمال المجاملات • ومثال ذلك ، أن أدعوك الى وليمة فتقبل هذه الدعوة • مثل هذا العرض الارادى من جانبى لا يشكل ــ حتى بالرغم من قبولك له ــ سوى عملا من أعمال المجاملات ، لى أن أنفذه

أو لا أنفــذه ، حين لا يمكنك فى الفرض الثانى أن تجبرنى على القيام به ولا أن تطالبنى بالتعويض عن اخلالى بتنفيذه . أما لو كنا بصدد عقــد (كما لو كنت أحد عمال مصنعى ، وتضمن عقد العمل بيننا شرطا التزم بموجبه بتقديم وجبة غداء للعمال) فلا أستطيع الامتناع عن التنفيذ ، والا كنت مخلا بتنفيذ التزامى القانونى ، وجاز لك أن تجبرنى على هذا التنفيذ ، أو تطالبنى قضائيا بالتعويض عن عدم هذا التنفيذ .

على أنه يستوى ـ بعد ذلك ـ أن يكون الأثر القــانونى الذى اتجهت اليه ارادة الطرفين ، كما سبق أن ذكرنا ، هو انشاء التزام (حق) ، أو نقله ، أو تعديله ، أو انهاؤه . فلسنا تتبنى فى هذا الصدد التفرقة التى أقامها البعض بين العقــد Le contrat والاتفاق Le convention وقصر الأول على ما يقصد الطرفان منه الى انشاء التزام (حق) أو نقله فقط ، واطلاق الثانى ليشمل جميع الآثار سابقة الاشارة (١٣) .

١٤٠ ـ هــذا ويجرى الفقــه تصنيفا للعقود ، يختلف باختلاف الزاوية التى ينظر منها الى هذه العقود : فهى ـ من زاوية أولى ـ اما عقود رضائية أو عقود شكلية ، وهى من زاوية ثانية ، اما عقود ملزمة للجانبين (تبادلية) أو عقود ملزمة لجانب واحد ، وهى من زاوية ثالثة : اما عقود معاوضة أو عقود تبرع ، وهى من زاوية خامسة : اما : عقود محــددة أو عقود احتمالية ، وهى أخيرا من زاوية سادسة : اما عقود مســاومة أو عقود اذعان . ويترتب ـ بالتأكيد ـ على هذه التصنيفات نتــائج قانونية بالغة الأهمية ليس يتسع المقام لتفصيلها ، وتجد محل دراستها فى مادة الالتزامات .

١٤١ ـ ويبقى فى هــذا الشأن أن العقد يختلف عما يقال له فى الاصطلاح « النظام القانونى » L'institution ، حين تعجز ارادة

---

(١٣) راجع فى هذا المعنى مثلا : جوجلار (دروس مازو) ص ٢٩٦ بنــد ٢٥٩ .

الطرفين عن تنظيم المركز القانونى الجديد الذى يريدان انشاءه ، وتحديد آثار هذا المركز ؛ لأن هـذا وذاك تنظمه قواعد قانونية آمرة لا يمكن الخروج عليها بالاتفاق • وهكذا تقتصر ارادة الطرفين على مجرد الانضمام الى هذا التنظيم القانونى ان رغبا ذلك ، أو عدم الانضمام اليه • ومثال ذلك الزواج ، فهو يعتبر — فى الواقع — نظام قانونى ، فلكل من الطرفين حرية الاقدام عليه أو الاحجام عنه ، وليس أكثر من ذلك ، بمعنى أنهما اذا ما أقدما عليه ، فان قواعد القانون الآمرة هى التى تنظم بعد ذلك هذا المركز القانونى الجديد ، وتحدد بالتالى ما يترتب عليه من آثار ، دون أن يكون بامكان الطرفين الخـروج على هـذا التنظيم أو التعـديل فيـه بالاتفاق (١٤) •

ب — الارادة المنفـردة : L'acte unilatéral

١٤٢ — أما الارادة المنفردة ، فانها عمل قانونى من جانب واحد ، حيث يلتزم الشخص بارادته وحدها دون أن تقترن هذه الارادة بارادة شخص آخر • وهذه الصورة من صور التصرف القانونى ليست بالأهمية التى للصور الأخرى • كما أن تطبيقاتها التشريعية محصـورة • منهـا — على سبيل المثال — الوصية ، فانها تعبير عن ارادة الموصى المنفردة ، به ينتقل الحق فى الموصى به الى الموصى له بعد وفاة الموصى مصرا على وصيته • وكالوعد بجائزة الذى يوجه علانية للجمهور ، يلزم الواعد بأن يعطى الجائزة لمن قام بالعمل موضوعها ، ولو كان قد قام به دون نظر الى هذه الجائزة •

غير أنه ينبغى التحرز من الخلط بين العقد الملزم لجانب واحـد ، والتصرف القانونى من جانب واحد (أى الارادة المنفردة) • فالفردية فى الأول تنصرف الى الآثار ، بمعنى أن العقد لا ينشىء الالتزامات الا على عاتق أحد طرفيه فقط دون الآخر ، بينما تنصرف الفردية فى الثانى الى

---

(١٤) راجـع فى التفرقة بين العقد والنظام القـانونى ، جوجـلار (دروس مازو) ص ٢٩٦ وما بعدها بند ٢٦٠ •

الانشــاء ، بمعنى أن الالتزام (الحق) ينشأ مستندا الى ارادة الملتزم وحدها • فالوديعة غير المــأجورة ــ على سبيل المثال ــ هى عقد ، ينعقد بتطابق ارادتى المودع والمودع لديه ، ومع ذلك فانه فى آثاره لا يرتب التزامات الا على عاتق الثانى وحــده • حين أن الوصية ــ بالمقابلة ــ تعتمد فى انشائها ذاته على ارادة الموصى وحده ، دون حاجة لأن ترتبط بها ارادة الموصى له •

١٤٣ ــ هذا وعلى العكس من العقــد ، ليست الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام (الحق) يحظى بتسليم جميع الشراح أو تكرســة كل التشريعات المقارنة • ففريق من الفقه يعترف لها بالقدرة على انشاء الالتزام فى ذمة صاحبها [١٥] ، حين لا يرى فيها الفريق الآخر ســوى مصدرا استثنائيا لا يؤخذ به الا فى الحالات التى يقتضى استقرار التعامل فيها أن تعتبر الارادة المنفردة مصدرا للالتزام • وهذا الاتجاه الأخير هو الذى يمكن القول بأن المشرع المصرى قــد تبناه فى المجمــوعة المدنية الجديدة ، بعد حذف المــادة/٢٢٨ من المشروع التمهيدى لهذه المجموعة والتى كانت تجعل من الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام ، حين قضت بأنه « ١ ــ اذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوبا ، وكان لمدة معينة ، فان الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه الى علم من وجه اليه ، ما دام هذا لم يرفضه • ٢ ــ وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقــود ، الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لانشاء الالتزام » [١٦] •

---

(١٥) ويبالغ بعض أنصار هذا الاتجاه فى هذه القدرة ليعتبر الارادة المنفردة هى المصدر الوحيد للالتزام الارادى ولا يعــدو العقد نفسه أن يكون اجتماع ارادتين منفردتين تستقل كل منهما عن الأخــرى ، حين اكتفى البعض الآخر بالنظر اليها على أنها مصدر للالتزام يقف على قدم المساواة مع العقد .

راجع فى تفاصيل هذه الاتجاهات عبد المنعم فرج الصده ص ٤١٦ • وما بعدها بند ٣٨٩ •

(١٦) راجع فى التعليق على هــذا الحــذف ، مجمــوعة الأعمــال التحضيرية ، تحت المــادة ٢٢٨ •

شروط التصرف القانونى :

ويقوم التصرف القانونى على أركان لا يتصور نشأته بتخلف أى منها ، فيقال لها ــ تبعا لذلك ــ شروط انعقاد التصرف • حين يتطلب استقرار هذا الأخير بشكل نهائى ، واستبعاد احتمال زواله فى المستقبل ، أن تتوافر له شروط أخرى ، ويقال لها ، شروط صحة التصرف ، وذلك على التفصيل التالى :

ا ــ شروط انعقاد التصرف القانونى :

يقوم التصرف القانونى على ركن أساسى هو الارادة ، تلك التى يجب ــ فى بعض الأحيان ــ أن تفرغ فى الشكل الذى يتطلبه القانون ، والا فلا ينعقد التصرف •

اولا : الارادة :

١٤٤ ــ قلنا أن قوام التصرف القانونى ، عقدا كان أم عملا قانونيا من جانب واحد ، هو الارادة ، بيد أنه لما كان الأول يفترض طرفين على الأقل ، فان كل منهما يصدر تعبيرا عن ارادته • ويتمثل أحد التعبيرين فى عرض يوجهه أحد الطرفين للآخر ، يطرح به عليه موضوع العقد ، متضمنا معنى قصده البات فى الارتباط به اذا وافق الطرف الآخر• ويستخلص هذا القصد البات من تضمن هذا العرض للعناصر الأساسية للعقد المراد ابرامه وشروطه • ويقال لهذا التعبير فى الاصطلاح « الايجاب » [١٧] • فاذا ما وافق الطرف الآخر على هذا العرض بكل تفاصيله دون ما تعديل ، انعقد العقد • ويقال لهذه الموافقة فى الاصطلاح « القبول » • وهكذا ينعقد العقد ــ كما تقضى المادة / ٨٩ مدنى « بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين » •

---

(١٧) وهو على التحديد السابق يختلف عما يسمى بالمفاوضات التمهيدية أو الدعوة الى التعاقد حين لا يتضمن التعبير معنى القصد البات من جانب مصدره فى الارتباط بالعقد لأن العناصر الأساسية لهذا الأخير وشروطه انما تتبلور من خلال هذه المفاوضات .

١٤٥ ــ وبدا مما تقدم أن الارادة ، قوام التصرف القانونى ، لابد من التعبير عنها ، وهــذا أمر بديهى ما دام أنها ليست تعدو فى ذاتها أن تكون مسألة نفسية أو معنوية بحتة لا يعتد بها القانون الا اذا ظهرت الى العالم الخارجى . والتعبير عن الارادة هو الذى يحولها من عالم المشاعر والأفكار الى عالم الظواهر حيث تدرك بالحواس .

على أنه يجب أن يلاحظ أن المشرع لا يحفل بأى تعبير يصدر من الشخص ، وانما يلزم أن يكون هذا التعبير ترجمة عن ارادة جادة فى القصد الى الالتزام . ولذلك لا يعتد المشرع بالارادة الهــازلة ، ولا بالارادة المعلقة على محض مشيئة مصدر التعبير عنها ، ولا بالارادة الصورية .

كما أن التعبير عن الارادة ــ عملا ــ قد ينحرف فلا يأتى ترجمة صادقة عن حقيقة الارادة ، بما يثور معــه التساؤل عما اذا كنا سنعتد بالارادة الحقيقية ، والتى يقال لها ــ عندئذ ــ الارادة الباطنة ، أم أننــا سنقف عند الارادة المعبر عنها ، والتى يقال لهــا ــ عندئذ ــ الارادة الظاهرة . وتختلف الشرائع المقارنة فيما بينها فى هذه المشكلة ، بعضها يأخذ بالأولى ، حين يأخذ البعض الآخر بالثانية ، ويستند كل اتجاه الى مبررات ليس يتسع المقام لتفصيلها ، وان كان الخلاف بين هذه الشرائع فى هذه المسألة هو خلاف نظرى أكثر منه عملى ؛ لأن أى منها لم يأخذ بأحد الارادتين بشكل مطلق ، وانما يعتد بهــا أساسا ليعتد بالأخرى فى فروض استثنائية ، الأمر الذى يقرب فى النهاية بين الشرائع المختلفة حول هذه المسألة .

هذا وفى ظل الشرائع الحديثة ، لا يحدد المشرع طريقا معينة يجب أن يتم بها التعبير . فالأصل هو حرية التعبير عن الارادة . ولذلك يتصور أن يكون هذا التعبير « باللفظ ، وبالكتابة ، وبالاشارة المتداولة عرفا ، المقصود» م/٩٠ . ومثال الصورة الأخيرة : عرض البضائع فى واجهة المحال كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة

التجارية مع بيان أسعارها) • حين يقال فى كل هذه الصور أن الشخص يصدر تعبيرا صريحا عن ارادته ، ما دام أنه — على هذا النحو — يكشف عن هذه الارادة بالشكل المباشر ، أى بالصورة المألوفة بين الناس • حين أنه ليس ما يمنع أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا ، ان كان لا يكشف عن الارادة بالشكل المباشر ، أى لم يتخذ الصورة المألوفة بين الناس فى التعبير عن المعنى المقصود ، ولكن هذا المعنى يستفاد مع ذلك ، منها • كأن أعرض عليك شراء ساعة ، فلا ترد بالقبول أو الرفض ، وانما تقوم — بدورك — ببيعها أو عرضها للبيع ، فان ذلك يتضمن ، من جانبك ، معنى التعبير الضمنى عن قبولك لشرائها •

والأصل أن التعبير الضمنى عن الارادة يكفى ، تماما كما هو الحال فى التعبير الصريح • ومع ذلك ، فان القانون قد يستلزم شكلا خاصا فى التعبير عن الارادة • عندئذ يتعين أن يتم التعبير فى هذا الشكل ، حتى يمكن أن يرتب آثاره القانونية • وفى هذه الحالة ، يكون التعبير عن الارادة — بداهة — تعبير صريح •

كذلك لا يتصور أن يكون التعبير الضمنى فيما يبدأ بطرحه أحد الطرفين على الآخر ، مما يسمى اصطلاحا بـ « الايجاب » ؛ لأن هذا الأخير عرض ، ولا يتصور أن يكون العرض الا صريحا •

من ناحية أخرى ، اذا كانت حرية التعبير عن الارادة ، هى الأصل ، فانه يجوز — مع ذلك للأفراد الاتفاق على لزوم التعبير الصريح ، واظهار النية فى شكل معين • فلا يمكن ، عندئذ ، أن يعبر عن هذه النية بشكل ضمنى • مثال ذلك أن يشترط المؤجر على المستأجر ، اذا أراد هذا الأخير انهاء عقد الايجار قبل مدته المحددة ، أن يخطره بذلك كتابة •

١٤٦ — هذا واذا كان التعبير الضمنى ، يصلح تماما كالتعبير الصريح ، فان التساؤل يبقى عما اذا كان السكوت يمكن أن يعتبر طريقا للتعبير عن الارادة ؟

بداهة لا يمكن أن يتصور أن يكون السكوت طريقا للتعبير عن الايجاب ، فهذا الأخير كما سبق أن ذكرنا هو عرض ، فيتنافى ، بالتالى ، مع السكوت . ولذلك فان تساؤلنا السابق لا يتصور الا فى معرض القبول .

والأصل ، فى هذا الصدد ، أن السكوت لا يصلح طريقا للقبول . وفى هذا المعنى يقول فقهاء الشريعة الغراء « لا ينسب لساكت قول » . وهو فى الواقع أمر منطقى . فمن يوجه اليه عرضا معينا ، كما يكون له أن يقبله أو يرفضه ، يكون من حقه أيضا أن يهمله تماما ، بمعنى ألا يرد عليه لا بالقبول ولا بالرفض . ولو كان الأصل فى السكوت هو القبول ، لكبدنا كل من يعرض عليه أمرا ، مشقة المبادرة بالرد عليه بالرفض ان كان لا يرغبه ، وهو أمر غير منطقى .

غير أن السكوت ، فى بعض الظروف التى يوجه فيها الايجاب ، قد يحمل ، استثناء ، على معنى القبول ، فيصلح بالتالى طريقا له . ويقال له ، فى هذه الحالة ، السكوت الملابس أو الموصوف ، وقد عددت المادة/٩٨ مدنى ، الظروف التى يمكن أن يستفاد فيها القبول من دلالة السكوت ، حين قضت بأنه « اذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى ، أو غير ذلك من الظروف ، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول ، فان العقد يتم اذا لم يرفض الايجاب فى وقت مناسب .

ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل ، أو اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه » . مثال ذلك ، أن يرسل البنك كشف حساب للعميل ، فيسكت . عندئذ يعتبر سكوته ، من قبيل اقرار هذا الحساب ، لما جرى عليه العرف من أن العميل ، حين يكون الحساب غير صحيح ، انما يبادر الى رفضه . أو أن يرسل تاجر تجزئة طلبا الى تاجر جملة اعتاد أن يتعامل معه لتوريد كمية معينة من البضائع . عندئذ يعتبر سكوت تاجر الجملة موافقة على بيع ما طلبه تاجر التجزئة ، ما دام أن التعامل السابق بينهما

كان يجرى على أن يرسل الأول ما يطلبه الثانى من بضائع بمجرد طلبها ، اذ كان يتعين على تاجر الجملة ، اذا أراد أن يحيد عن هذه العادة ، ألا يرد بالرفض ، لا أن يلتزم موقف الصمت . ومثاله أيضا ، أن تعرض هبة على أحد الأشخاص ، فيسكت . عندئذ يفسر سكوته على محمل القبول ، ما دام أن العرض يتمحض عن منفعة خالصة له .

١٤٧ ـ هذا وليست تتصور الارادة ذاتها ، الا منصبة على موضوع معين ، يقال له فى الاصطلاح « المحل » . كما أن الالتزام الذى تنشأ هـذه الارادة لابد أن يرد هو الآخر على موضـوع أو محل يستوفى الشروط التى يحددها القانون ، والا فلا يقوم التصرف القانونى . ونحن نرجىء تفصيل هذه الشروط ، فسوف نتناولها فى الباب الثانى من هذه الدراسة حين نتعرض لعناصر الحق (أو الالتزام) .

١٤٨ ـ كذلك ليست تتصور الارادة ذاتها الا ويحدوها هدف معين تريد الوصول اليه من ابرام التصرف القانونى ، هذا الهدف أو هذا القصد هو ما يقال له فى الاصطلاح « السبب » . ومن ثم يمكن تعريف هذا الأخير ، فى مجال العقود ، بأنه الغاية التى يقصد اليها المتعاقد من وراء ابرام العقد .

بيد أن الغاية مسألة معنوية ، ومن ثم فانها سوف تختلف من شخص لآخر ، ولو فى النوع الواحد من المعاملات . فهـذا يبيع سيارته ، على سبيل المثال ، لعدم حاجته اليها ، وآخر يبيعها مضطرا لحاجته الملحة الى ثمنها ، وهكذا . كما أن غايات الانسان نفسه متعددة ومتدرجة ، بعضها قريب يهـدف اليه المتعاقد من ابرام العقد أساسا ، وبعضها الآخر ثانويا أو بعيدا . فالبائع ، يهدف أساسا من البيع الى الحصول على الثمن ، فيكون هذا الهدف هو قصده المباشر . وكل بائع يقصد مباشرة من العقد الى هذا الهدف . ومن ثم تتحد المقاصد المباشرة فى كل نوع واحد من العقود ، ويمكن ـ بالتالى ـ تحديد هـذه المقاصد المباشرة ، مقدما ، فى كل العقود . بيد أن أحد البائعين قد يقصد من الحصول على الثمن

أن يستخدمه فى شراء شىء آخر ، حين يقصد البائع الآخر من الحصول على الثمن تسديد دين عليه - وهكذا تختلف هذه الغايات غير المباشرة ، من شخص لآخر ، ولو فى النوع الواحد من العمليات القانونية . بما يتعذر معه بالتالى تحديدها مقدما فى كل أنواع العقود .

هـذه المقاصد المباشرة ، والمجردة ، هى التى يطلق عليها اصطلاحا « السبب » . أما الغايات غير المباشرة ، فهى ما يسمى فى الاصطلاح بـ « البواعث » .

والنظرية التقليدية ، تقف عند السبب بمعناه المجرد ، دون اعتداد بالبواعث ، وتفهم شروطه واردة على هـذا النوع من المقاصد المباشرة والمجردة . وقد أمكنها لذلك ، أن تحدد السبب ، بهذا المعنى ، مقدما ، فى كل نوع من العقود .

ففى العقود الملزمة للجانبين ، سبب التزام كل متعاقد (بمعنى قصده المباشر) هو التزام المتعاقد الآخر ، (فالتزام المشترى بدفع الثمن يجد سببه فى التزام البائع بنقـل ملكية المبيع) ، وفى العقود الملزمة لجانب واحد ، سبب التزام العـاقد هو سبق تسلمه للشىء محل الالتزام بالرد (فالمودع لديه ، ملتزم برد الوديعة بسبب سبق تسلمها من صاحبها) . وفى عقود التبرع ، سبب الالتزام هو نية التبرع (فسبب التزام الواهب هو نية التبرع للموهوب له) .

غير أن مثل هذا الفهم - كما لاحظ القضاء فى التطبيق العملى - سوف يحول دون ابطال العقود لعـدم مشروعيتها ، أى لمخالفتها للنظام العام والآداب ، ما دام أن السبب فيها ، بمعنى القصد المباشر من الالتزام ، لن يمكن فى أى فرض من الفروض أن يكون غير مشروع .

فعلى عقد ايجار - مثلا - كيف يمكن ابطاله ، اذا كان المستأجر يقصد منه استغلاله كمنزل للدعارة ؟ . ان فكرة السبب ، بمفهوم النظرية التقليدية لن تكفى لمثل هذا البطلان ، ما دام أن السبب فى هذه النظرية

هو القصد المباشر والمجرد ، وما دمنا فى هـذا المثال بصدد عقـد ملزم للجانبين ، فان التزام المستأجر بدفع الأجرة سببه التزام المؤجر بتمكينه من الانتفاع ، والعكس بالعكس . ومثل هذين الالتزامين ، مجردين ، لا يمكن القول بعدم مشروعيتهما .

لذلك كان القضاء على حق ، حين وسع من نطاق فكرة السبب ، فأدخل فيهـا الباعث الرئيسى الدافع الى التعاقد ، حتى يمكن أن يقيم رقابته على مشروعية التصرفات . وعندئذ ، يمكن فى المثال السـابق ، الحكم ببطلان عقد الايجار على أساس من عدم مشروعية سببه بمعنى عدم مشروعية الباعث الرئيسى الذى دفع المستأجر الى ابرام العقد .

هذا التوسع ، هو الذى انضم اليه المشرع المصرى ، فى المجموعة المدنية الجديدة ، فقـد جاء فى المذكرة الايضاحية تعليقـا على المـادة ١٣٦ ، أنه « يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى الوقت الحاضر ، فهو بهـذه المثابة ، الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة ، لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات » .

وهكذا يصبح من المفهوم ، اشتراط مشروعية السبب ، حتى يقوم العقد صحيحا . كل ذلك ـ بطبيعة الحال ـ الى جانب اشتراط أن يكون السبب موجودا ، والا فانه « اذا لم يكن للالتزام سبب ... كان العقد باطلا » م ١٣٦ . كأن يهلك المنقول المبيع ، قبل البيع ، فيكون التزام المشترى بدفع الثمن ، دون سبب ، ويقع العقد باطلا .

ثانيا : الشـكل :

١٤٩ ـ واستثناء ، قد يستلزم القانون ، كما سبق أن ذكرنا ، أن تفرغ الارادة فى شكل معين ، ليشكل ـ عندئذ ـ هذا الأخير احد أركان التصرف القانونى ، كعقد الهبة الوارد على عقار ، لا ينعقد الا اذا أفرغ فى ورقة رسمية ، وكذلك الحال فى عقد الرهن الرسمى .

غير أنه ينبغى عدم الخلط بين الشكلية على التحديد السابق ، وبين

طريق الشهر . ذلك أن القانون ، فى بعض الأحيان ، ورعاية لمصلحة الغير ، قد يستلزم اتخاذ اجراء يمكن بموجبه حمل التصرف الذى أبرمه المتعاقدان بالفعل الى علم كل من له مصلحة فى العلم به ، ويرجىء انتاج بعض آثار هـذا التصرف لحين اتخاذ هـذا الاجراء الذى يقال له فى الاصطلاح « الشهر » . ومثال ذلك عقد بيع العقار ، فهو ينعقد ــ فى ذاته ــ بمجرد تراضى الطرفين عليه ، وينتج كذلك آثاره ، فيما عدا انتقال الملكية الذى يتأخر الى وقت شهر هذا التصرف بتسجيله . وهـذا بخلاف الشكلية كركن فى التصرف يترتب على تخلفه ألا ينعقد هذا التصرف من أساسه ، قانونا .

كذلك ينبغى التمييز بين الشكلية كركن فى التصرف ، على التحديد السابق ، والتى يقال لها شكلية الانعقاد ، وبين الشكلية التى قد يستلزمها القانون لاثبات التصرف القانونى عند النزاع فيه ، والتى يقال لها شكلية الاثبات . فالتصرف القانونى المدنى الذى تزيد قيمته على عشرين جنيها ، لا يجوز اثباته الا بالكتابة . فتكون هذه الأخيرة شكلا أو طريقا للاثبات، وليس شكلا للانعقاد . ولذلك فاذا أقر من صدر منه التصرف بوجود هذا الأخير قام هذا الاقرار مقام الدليل الكتابى ، بل انه اذا أنكر أمكن توجيه اليمين اليه ، فان نكل عن حلفها قام هذا النكول مقام الاقرار . حين أنه لو كانت الكتابة هنا شكلا لانعقاد هذا التصرف ، لما انعقـد بدونها ، ولمـا أغنى عنها اقرار المتعاقد .

* * *

١٥٠ ــ فاذا ما توافرت الارادة ، والمحل ، والسبب ، واستوفى كل منها الشرائط التى يحددها القانون ، وكذلك اذا توافر الشكل الذى يستلزمه هذا الأخير فى صدد بعض التصرفات ، انعقد التصرف القانونى على نحو صحيح . والا فاذا انعدم أحد هذه العناصر ، أو لم يستوف المحل أو السبب الشروط التى يحددها القانون وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا . حين يعد منعدما فى نظر القانون لا يرتب أى من آثاره .

ويتميز هذا النوع من البطلان ، بأن لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، بل ان للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها • كما أنه لا يزول بالاجازة ، وان سقطت دعواه بمضى مدة خمسة عشر سنة من وقت العقد (م ١٤١) •

ب - شروط صحة التصرف القانوني :

١٥١ - غير أنه يلزم - فضلا عما تقدم - أن تصدر الارادة - قوام التصرف القانونى - عن ذى أهلية من ناحية ، وأن تكون خالية من العيوب من ناحية أخرى ؛ والا كان التصرف قابلا للابطال لمصلحة ناقص الأهلية أو من شاب رضاءه العيب • لكن لما كانت أركان التصرف بالفرض متوافرة ، فان هذا الأخير يقوم ولكنه يكون مهددا بالزوال ، وهذا الوصف هو مايقال له فى الاصطلاح « القابلية للابطال » ، وهو جزاء يختلف كثيرا فى أساسه ، وفى اعماله أو كيفية تقريره ، عن البطلان المطلق جزاء تخلف أحد أركان العقد سابقة الاشارة •

وسوف نجد المناسبة فيما بعد لتفصيل شرط الأهلية ، عند دراستنا لأشخاص الحق • ومن ثم نقتصر فى هذا الموضع على دراسة الشرط الثانى ، وهو ضرورة خلو الارادة من العيوب ، مشيرين اليها بايجاز ، حيث سيجد الطالب المناسبة لدراستها تفصيليا فى مادة الالتزامات •

والعيوب التى تشوب الارادة هى : الغلط ، والتدليس ، والاكراه ، والاستغلال •

١ - الغلط :

١٥٢ - والغلط كعيب للرضا هو وهم يقوم فى ذهن المتعاقد ، فيصور له الأمر على غير حقيقته ، بحيث يقدم المتعاقد على ابرام العقد تحت تأثير هذا الوهم • ومثاله ، أن يعتقد المشترى ، أن اللوحة التى يشتريها هى من أعمال فنان مشهور ، حين أنها فى حقيقتها من عمل رسام

مقابل . أو يتبرع شخص لآخر ، معتقدا أنه شقيق زميل له ، ثم يتضح أنه ليس هو الشخص المقصود ، وانما آخر يتشابه معه فى الاسم . فى أمثال هـذه الأمور ، تكون الارادة قـد اندفعت الى التعاقد وهى واهمة ، أو غير متنورة . الأمر الذى يجعل لمن وقع فى الغلط أن يتمسك بهـذا العيب ، توصلا الى عدم الالتزام بهذه الارادة المعيبة .

غير أن اتاحة الفرصة لمن توهم ما هو مخالف للواقع ، أن يتحلل مما التزم به فى مواجهة الطرف الآخر ، استنادا الى هذا العيب وحده ، سوف يخل بمصلحة هذا الطرف الآخر ، الذى ربما يكون لا يعلم عن أمر هذا الوهم شيئا . ولذلك فاذا كانت الأصـول القانونية تقتضى امكان تحلل الشخص من التزام يتأسس على ارادة معيبة ، فان اعتبارات العدالة وضرورة استقرار المعاملات ، تقتضى ، على العكس ، المحافظة على مصلحة الطرف الآخر ، حسن النية ، فى استبقاء العقـد الذى أبرمه مع صاحب الارادة المعيبة .

لهذا السبب ، فرض الشرع على امكان التمسك بالغلط ، قيودا ، أو شروطا ، من شأنها أن تحد من نطاق تطبيقه ، حماية لمصلحة الطرف الآخر حسن النية .

١٥٣ — فمن ناحية ، ليس كل غلط ، أيا كانت درجـة جسامته ، مما يعتبر غلطا عائبا للرضا ، وانما يعيب هذا الرضا فقط ، الغلط الجوهرى . وهو يكون كذلك ، وفقا للمادة ١٢١ ، « اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط » . ويقـال ، تعبيرا عن هـذا المعنى ، بأنه يشترط أن يكون الغلط دافعا الى ابرام العقد . أما اذا تبين أن الشخص كان سيتعاقد ولو علم بحقيقة ما توهمه كذبا ، فان غلطه هذا الواقعى ، لا يشكل غلطا بالمعنى القانونى ، لأنه ليس جوهريا .

هذا وقد حددت ، الفقرة الثانية من نص المـادة ١٢١ ، حالتين :

يكون فيهما الغلط جوهريا « على الأخص » . ومؤدى هذا التعبير ، أن هاتين الحالتين قد وردتا على سبيل المثال لا الحصر . وبالتالى فان الغلط يمكن أن يكون جوهريا فى غيرهما أيضا ، متى ثبت أن المتعاقد ما كان ليبرم العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . وهاتان الحالتان هما :

ـ الغلط فى صفة الشيء : ومثاله ، أن يشترى شخص قطعة أرض معتقدا أنهـا تطل على شارع عام ، ثم يتبين أنهـا محصورة من جميع الجهات . أو أن يشترى شخص ساعة على أنها ذهبية ، ثم يتضح أنها من نحاس مطلى بالذهب .

ـ الغلط فى ذات الشخص ، أو فى صفة من صفاته : ومثال الفرض الأول ، أن تتعاقد مع طبيب معتقدا أنه الجراح الشهير فلان ، ثم يتضح أنه جراح مبتديء يحمل نفس الاسم . ومثال الفرض الثانى أن تتعاقد مع شخص لوضع تصميمات هندسية لبناء منزل ، معتقـدا أنه مهندس معمار ، ثم يتضح أنه شخص لا يحمل اجازة علمية ، وأنه يقوم بهـذه الأعمال بالخبرة .

غير أنه لمـا كان المشرع المصرى ، على خلاف المشرع الفرنسى ، لم يحدد حالات محصورة للغلط الجوهرى ، فانه يتصـور ، أن يكون الغلط جوهريا أيضـا ، ولو وقع فى قيمة الشيء موضـوع التصرف ، أو وقع فى الباعث الى ابرام هذا التصرف ، أى فى المصـلحة التى هدف الشخص الى تحقيقها من وراء التصرف ، ما دام ان هذا الغلط كان هو الدافع الى ابرام العقد . ومثال الغلط فى القيمة ، أن يبيع شخص سندا بقيمته الاسمية ، وهو يجهل أن هذا السند قد ربح جائزة مالية كبيرة . ومثال الغلط فى الباعث ، أن يستأجر موظف مسكنا فى مدينة ، معتقـدا أنه نقل اليها ، ثم يتضح أنه لم ينقل فعلا .

بل انه ليس يلزم فى الغـلط الجوهرى ، أن يقع دائما على وقائع مادية ، كما هو الحال فى كل الأمثلة التى سبق أن ضربناها ، وانما يمكن

أن يكون جوهريا كذلك ، ويجوز من ثم لمن وقع فيه أن يطلب ابطال العقد ، ولو انصب على حكم القانون . حين يتوهم الشخص حكما قانونيا على خلاف حقيقته . ومثاله ، أن يبيع شخص نصيبه فى التركة ، بمبلغ معين معتقدا أنه يرث الثلث ، ثم يتضح أن قانون المواريث يعطى لمثله الحق فى نصف التركة .

١٥٤ — هذا وليس يكفى أن يكون الغلط جوهريا فى ذهن الغالط ، ودافعا له ، الى ابرام العقد ، وانما يلزم ، حماية للمتعاقد الآخر ، وعملا على استقرار المعاملات ، أن تكون أهمية الغلط ، وتأثيره فى حمل الغالط على ابرام العقد ، قد اتصلت بعلم المتعاقد الآخر ، أو كان بامكانه ، فى ضوء ظروف التعاقد ، أن يعلم بها .

غير أننا ، فى هذا الشأن ، لا نوافق على فهم هذا الشرط بالمعنى الذى عبرت به المادة ١٢٠ ، حين اشترطت لامكان الابطال لغلط جوهرى ، أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع ، مثل الغالط ، فى هذا الغلط ، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . فليس يكفى ، فى اعتقادنا ، لامكان الابطال للغلط ، أن يكون كل من المتعاقدين ، على حدة ، قد توهم أمرا على خلاف حقيقته ، ما دام أن كلا منهما لم يكن يعرف أن الآخر قد اندفع الى ابرام العقد تحت تأثير وهم معين . كما لا يكفى كذلك أن يكون الطرف الآخر على علم بما توهمه الغالط ، وانما يلزم أن يعلم بأن هذا الوهم هو الذى دفعه الى ابرام العقد ، أو أن يكون من السهل عليه فى ضوء ظروف التعاقد ، أن يعلم بهذه النتيجة .

٢ — التدليس :

١٥٥ — أما التدليس فانه استعمال المتعاقد (أو نائبه) لطرق احتيالية بهدف خديعة المتعاقد الآخر توصلا الى ابرام العقد .

وتقوم هذه الطرق الاحتيالية — أساسا — على وسائل مادية ايجابية ، يمارسها المدلس ، مستهدفا بها تدعيم مزاعمه الكاذبة أو اخفاء

الحقيقة ، فينخدع على أثرها المتعاقد الآخر (١٨) غير أنه يلزم ـ من ناحية ـ أن تكون هذه الوسائل قد استعملت ، من جانب المتعاقد (أو نائبه) بنية التضليل ، ووصولا كذلك الى غرض غير مشروع • كما يلزم ـ من ناحية أخرى ـ أن يكون الغلط الناشيء عن هذه الحيل هو الذى دفع المدلس عليه الى ابرام العقد ، بمعنى أنه يلزم أن يثبت أنه لولا هـذا الغلط الذى استثاره المدلس فى ذهن الغـالط لمـا كان هـذا الأخير ليبرم العقد •

٣ ـ الاكـراه :

١٥٦ ـ أما الاكراه فهـو الخشية (أو الخوف) التي تنبعث في نفس المتعاقد ، فتحمله على ابرام عقـد ما كان يرغب في ابرامه ، وذلك درءا لوقوع خطر جسيم محـدق ، يتهـدده ، هو أو غيره ، فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المـال ، لو لم يبرم هذا العقد •

وهكذا يفترض الاكراه : استعمال وسائل ضغط على ارادة المكره ، تتضمن تهديده بأذى ، سواء كان هذا الأخير سيقع على نفس المكره ، أو جسمه أو شرفه أو ماله ، أو على نفس أو جسم أو شرف أو مال أحد الأغيار الذين يهم المكره عدم وقوع هذا الأذى لهم ، بحيث يتخوف هو من التهديد بالحاق الأذى بهم • كما يفترض ، من ناحية أخرى ، أن تكون هـذه الوسائل قـد استعملت توصلا الى غرض غير مشروع (أى الى ما ليس مستحقا) • وفى كل الأحوال ، فانه يلزم أن يكون الخـوف الناشيء عن الاكراه قد حمل المكره فعلا على ابرام العقد الذى ما كان ليبرمه لولاه • وأن يتصل هذا الاكراه بعلم المتعاقد مع المكره وذلك :

---

(١٨) غير أن الوسائل الاحتيالية تتسع فى مفهوم التدليس لتشمل ـ فضلا عن ذلك ـ مجرد الكذب نفسه ، اذا كانت طبيعة المعاملة تفترض أن يلتزم المتعاقد أقصى درجات الصدق . بل ان السكوت يمكن أن يعتبر فى بعض الظروف من قبيل التدليس ، اذا كان المتعاقد يلتزم بحكم القـانون أو وفقا لطبيعة المعاملة بالافصاح عن حقيقة الأمور . وفى هذا الصدد تقضى المادة ١٢٥ ـ ٢ مدنى بأنه « ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعـة أو ملابسة ، اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لاعلم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » .

بأنه يصدر منه هو أو يصـدر من الغير لكنه كان يعلم به أو كان من المفروض حتما أن يعلم به •

٤ ــ الاستغلال :

١٥٧ ــ وأما الاستغلال ، فهو عدم التعادل الفاضح بين أداءات المتعاقدين ، الناتج من استغلال أحدهما لطيش بيّن أو هوى جامع فى نفس المتعاقد الآخر المغبون • فيجعل مثل هذا العيب ، لهذا الأخير ، أن يطلب الى القضاء ، اما ابطال العقد أو انقاص التزامات هذا المتعاقد • وان جاز ــ فى عقود المعاوضة ــ أن يتوقى الطرف الآخر (المستغل) طلب الابطال من جانب الطرف المغبون ، اذا هو عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن •

١٥٨ ــ فاذا ما شاب الارادة أى من هذه العيوب ، انعقد العقد صحيحا بناء عليهـا ، ولكنه يكون مهـددا بالزوال ، فيقال له عندئذ ــ فى الاصطلاح ــ أنه قابل للابطال •

ويتميز هذا النوع من الجزاء بأنه لا يتقرر الا لمصلحة الطرف الذى تعيبت ارادته فقط (أو الطرف ناقص الأهلية) • فـلا يستطيع المتعاقد الآخر أن يتمسك به ، ومن باب أولى ، لا تستطيع المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها • كما أنه يمكن أن يكون محلا للتنازل من جانب صاحب الارادة المعيبة • ويقال لهذا التنازل ــ فى الاصطلاح ــ الاجازة • تلك التى تفترض ــ قانونا ــ من عدم رفع دعوى الابطـال خـلال ثلاث سنوات ، تحسب ــ فى حالة نقص الأهلية ــ من وقت اكتمال أهليـة المتعاقد ، وفى حالة عيوب الارادة لغلط أو تدليس من تاريخ اكتشافه ، وفى حالة الاكراه من تاريخ زواله ، وذلك بحد أقصى خمسة عشر سـنة من تاريخ ابرام العقـد فى عيوب الرضـا الثلاث ، أما دعوى الابطال للاستغلال فانه يتعين رفعها خلال مدة سنة واحدة من تاريخ ابرام العقد ، والا سقط الحق فيها •

آثار التصرف القانونى :

١٥٩ ــ اذا نشأ التصرف القانونى على نحو صحيح ، التزم المتعاقدين

فيه بأن ينفذ ما تحمل به من التزامات للدائن • والأصل أن يقع هذا التنفيذ عن طواعية من جانبه ، حين يقال له فى الاصطلاح « التنفيذ الاختيارى » ؛ والا جاز جبره أو قهره على هذا التنفيذ ، بمعاونة السلطة العامة ، حين يوصف هذا الفرض بأنه تنفيذ « قهرى » أو « جبرى » •

١٦٠ — ويهيمن على هذا التنفيذ ، فى خصوص العقد ، مبدأ يقال له — كما سبق أن ذكرنا — « العقد شريعة المتعاقدين » ، ومعناه ، أنه ينزل منها منزلة القانون ، فلا يجوز بالتالى « نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون » م/١٤٧ — ١ • ذلك أن العقد قد أبرم بالارادة المشتركة لطرفيه ، فلا يسوغ — عدالة — أن تستقل ارادة واحدة ، بعد ذلك ، بنقضه أو تعديله ، والا لما تحقق الاستقرار فى المعاملات •

وعلى ذلك ، فاذا أبرم العقد على نحو صحيح ، التزم به كل من طرفيه ، لا يمكن نقضه أو تعديله ، الا باتفاق لاحق • ولا يجوز للقاضى — مهما بدت عدالة الحلول ، أن ينقض بدوره هذا العقد أو يعدل من أحكامه •

غير أن القانون قد يقرر — استثناء على هذا الأصل — امكانية الاستقلال بالغاء العقد من قبل أحد طرفيه ، كما هو الحال فى العارية (م/٦٤٣ ، ٦٤٤) ، وفى كل العقود غير محددة المدة ، والا أصبحت مصادرة كاملة لحرية المتعاقد [١٩] •

كما قد يعطى للقاضى سلطة التدخل فى العقد لتعديل بعض بنوده • ومثاله ما تقضى به المادة / ١٤٩ مدنى فى خصوص عقود الاذعان ، من امكان أن يتدخل القاضى لتعديل الشروط المجحفة بالطرف المذعن أو حتى لاعفائه كلية منها « طبقا لما تقضى به العدالة » •

---

(١٩) وقد يتفق المتعاقدان ابتداء فى العقد على أن يكون لأحدهما انهاءه بارادته المنفردة ، حين لا يعتبر ذلك فى الواقع استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين •

أما أبرز الاستثناءات على هـذا المبدأ فهو ما قرره المشرع للقاضى من امكان التدخل فى العقود متراخية التنفيذ ، لدرء الخسـارة الفادحة التى يمكن أن تحيق بأحد المتعاقدين نتيجة ظروف أو حوادث طارئة ، ما دام أن هذه الأخيرة هى حوادث « استثنائية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة » . حين يكون للقاضى ـ عندئذ ـ « تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحـد المعقول . ويقع باطلا كل اتفـاق على خلاف ذلك » (م/١٤٧ ـ ٢) .

١٦١ ـ كذلك يهيمن على القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص مبدأ هام يقال له مبدأ « نسبية أثر العقد » ، ومعناه ، أن آثار العقد ، حقوقا أو التزامات ، لا تنصرف ، أساسا ، الا الى المتعاقدين ، أما الغير فانه لا يمكن أن يكتسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه ، ولا يمكن أن يتحمل منه بأى التزام .

غير أن هذا المبدأ يقبل استثناء ، من زاوية الحقوق ، حيث يجوز فى بعض الحالات ، أن يكسب الغير حقا من عقد لم يكن طرفا فيه ، ومثاله عقد الاشتراط لمصلحة الغير ، ينعقد بين المشترط والمتعهد ، فينشـأ منه حق للمنتفع ، مع أنه ليس طرفا فيه . وأبرز تطبيقات عقد الاشتراط ، تقع فى نطاق التأمين ، كأن يبرم زوج عقـد تأمين على حياته لمصـلحة زوجته ، أو لمصلحة من سوف ينجبهم من أولاد ، فيكون هو المشترط ، وتكون الشركة هى المتعهد ، وتكون الزوجة أو الأولاد هم المستفيدون. فيكسب هؤلاء الأخيرون حقا من عقد لم يكونوا طرفا فيه .

أما من زاوية الالتزامات ، فان هذا المبدأ مطلق ، لايقبل أى استثناء ، فلا يمكن أن يلتزم الغير من عقد لم يكن طرفا فيه ، وحتى فى حالة التعهد عن الغير ، فان المتعهد عنه اذا كان يلتزم بالتعهـد الذى أبرمه المتعهـد

مع المتعهد له ، فان هذا الالتزام لا ينشأ من العقد بين المتعهد والمتعهد عنه، وانما ينشأ عن العقد الجديد الذى ينعقد بينه وبين المتعهد له عندما يقبل هذا التعهد . فاذا تعهد (أ) لـ (ب) بأن يحصل على رضاء (جـ) ببيع سيارة لـ (ب) ، فانه اذا قبل (جـ) هذا التعهد ، فانه ينشأ عقد جديد بينه وبين (ب) ، ومن ثم يكون مصدر التزامه هو هذا العقد الذى اشترك فيه ، وليس العقد الذى أبرمه المتعهد مع المتعهد له .

وقد جمع المشرع هذه الأفكار فى المادة / ١٥٢ مدنى حين قضى بأنه « لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا » .

أنما لا يقصد بالعاقدين الذين يقتصر عليهما أثر العقد ، طرفا العقد وحدهما ، وأنما يشمل هذا الأثر ، من يمثلانهما من خلف عام وخلف خاص ، وذلك فى حدود معينة . ويقصد بالخلف العام من يتلقى عن سلفه كل حقوقه ، أو نسبة معينة منها باعتبارها مجموعة قانونية . كالوارث ، والموصى له بنسبة من التركة . أما اذا كان ما آل الى الخلف من السلف ، هو حق معين ، كان قائما من قبل فى ذمة السلف ، كان خلفا خاصا ، كما سنرى فيما بعد .

وقد بينت حدود انصراف أثر العقد الى الخلف العام ، المادة ١٤٥ ، حين قضت بأنه « ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام ، دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل، أو من نص القانون ، ان هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام» . ومن هـذا النص يتضح ، أن الأصل ، هو أن عقود السلف ينصرف أثرها الى الخلف العام ، لأن السلف فى الواقع حين يتعاقد ، انما يتعاقد لنفسه وكذلك لوارثه أو خلفه العام .

غير ان انصراف أثر العقد الى الخلف العام ، محدود ، أساسا ، بضرورة عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث . ولذلك ، فان الحقوق

الناشئة عن تصرفات السلف هي وحدها التى تنتقل الى الخلف ، أما الالتزامات أو الديون ، فانه يحول دون انتقالها الى الورثة ، مبدأ هام فى الشريعة الاسلامية يقال له « لا تركه الا بعد سداد الدين » ، وبموجبه تبقى ديون المورث (السلف) فى تركته الى أن تنقضى ، لتنتقل التركة خالصة منها الى الورثة (الخلف العام) .

على أنه قد يحول دون أصل انصراف أثر العقد الى الخلف العام اتفاق المتعاقدين ، أو طبيعة التعامل نفسها ، أو نص القانون .

أما الخلف الخاص ، فهو من يتلقى من السلف حقا معينا كان قائما فى ذمته . كالمشترى يخلف البائع فى الشىء المبيع ، والمحال اليه يخلف الدائن المحيل فى الحق الذى كان له فى مواجهة المدين (المحال عليه) .

وقد نظمت حدود انصراف آثار العقد الذى يبرمه السلف ، حقوقا أو التزامات ، الى الخلف الخاص ، المادة ١٤٦ ؛ حين اشترطت لامكان انصراف هذه الآثار اليه :

١ ـ أن يكون التصرف المرتب لها قد أبرمه السلف قبل انتقال الشىء منه الى الخلف الخاص .

٢ ـ أن يكون ما ينشأ عن هذا التصرف ، من حقوق أو التزامات ، وثيق الصلة بالشىء الذى انتقل بعد ذلك من السلف الى الخلف الخاص .

٣ ـ أن يكون الخلف الخاص عالما بهذه الآثار وقت انتقال الشىء اليه . وهكذا قضت المادة ١٤٦ سابقة الاشارة بأنه « اذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق ، تنتقل الى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، اذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء اليه .

الباب الثانى

فى عناصر الحق

تقســـيم :

بدهى أنه لابد للحق من شخص يثبت له ، ومن محل يرد عليـــه . فعنصرا الحق اذا هما صاحب الحق ، ومحل الحق . أما الحماية القانونية التى يضيفها البعض من الشراح ــ كما سبق أن أشرنا فى موضع سابق فانها ليست فى اعتقادنا من عناصر الحق ، وانما تثبت لهذا الأخير بعـــد نشأته .

وتبعا لذلك ، فاننا نقسم الدراسة فى هذا الباب الى فصلين ، نعالج فى أولهما أشخاص الحق (أو ما يقال له اصطلاحا الشخصية القانونية). لنخصص لمحل الحق أو موضوعه ، الفصل الثانى . أما الحماية القانونية فنرجىء دراستها الى الباب الرابع من هذه الدراسة .

الفصل الأول
فى أشخاص الحق
(الشخصية القانونية)

تمهيـــد وتقسيم :

١٦٢ — أن للفظ (الشخص) Personne فى لغة القانون معنى يختلف عنه فى اللغة العادية . فهو اذا كان يترادف فى هـذه الأخيرة مع لفظ (الانسان) homme ، فانه لا تلازم — على العكس — بين اللفظين فى لغة القانون . فقد لا يصدق على الانسان وصف الشخص القانونى (كما كان الحال — مثلا — بشأن الرقيق فى المجتمعات القديمة) ، وقـد يثبت هذا الوصف — على العكس — لغير بنى الانسان (كالجمعيات مثلا ، أو الشركات ، أو المؤسسات) .

ويقصد بلفظ « الشخص » فى لغة القانون ، من تثبت له الشخصية القـانونية ، ويقصـد بهـذه الأخيرة بدورها ، الصلاحية لاكتسـاب الحقوق والتحمل بالواجبات . فكل من كان صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات (١) ، يطلق عليه شخصا قانونيا .

وبانقراض نظام الرق فى المجتمعات الحاضرة ، لم تعد هناك عقبة تحول دون ثبوت صلاحية اكتساب الحق لكل فرد بمجرد خروجه الى الحياة حيا ، ومن ثم فان الشخصية القـانونية تثبت فى الشرائع الحديثة لكل انسان . وهو ما عبرت عنه المـادة ٢٩ مدنى بقولها : « تبـدأ شخصية

---

(١) أو كما عبر بعض الشراح ، كل من « يحيـا حيـاة قانونية » « vit la vie juridique » ؛ جوجـلار حـ ١ كتاب ٢ ص ٤٧٠ بنـد ٤٣٨ .

الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهى بموته » (٢) •

كما أن تطور المجتمع اقتضى — من ناحية أخرى — ضرورة ثبوت الشخصية القانونية لغير بنى الانسان من مجموعات الأشخاص أو الأموال (كالشركات والجمعيات والمؤسسات) ، وذلك تمكينا لها من أداء دورها الاقتصادى والاجتماعى • ويقال لهذه الاشخاص — تمييزا لها عن الأشخاص من بنى الانسان — الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية •

وهكذا فان الأشخاص القانونية اما أشخاص طبيعية ، أو أشخاص معنوية • ونفرد لكل منهما مبحثا مستقلا •

المبحث الأول

الأشخاص الطبيعية

تقسيم

تقتضى دراسة الأشخاص الطبيعية ، أن نعرض لها من حيث مدة الشخصية القانونية وخصائص هذه الشخصية • ونعالج كلا منها فى مطلب مستقل •

المطلب الأول

فى مدة الشخصية القانونية

أولا : بدء الشخصية القانونية :

١٦٣ — تبدأ الشخصية القانونية للشخص الطبيعى ، وهو الانسان ، « بتمام ولادته حيا » م ٢٩ مدنى ، ما دام أنه من هذه اللحظة يكون صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات •

ويخلص من النص السابق ، أن المشرع يستلزم لثبوت الشخصية القانونية للانسان ، أن تتم ولادته من جهة ، وأن يولد حيا من جهة أخرى •

وتمام الولادة يعنى انفصال الجنين عن بطن أمه انفصالا تاما ، والا كان جزءا من أمه فلا تثبت له الشخصية القانونية(٣) • وعلى ذلك

---

(٢) راجع فى عدم ثبوت الشخصية للعبيد وللأجانب فى العصور والشرائع القديمة ، جوجلار (دروس مازو) ج ١ كتاب ٢ ص ٤٧١ ، ٤٧٢ بند ٤٤١ .

(٣) وخلافا لما يراه المالكية والشافعية والحنابلة ، يكفى عند الحنفية لثبوت الشخصية القانونية أن تثبت ولادة أكثر الجنين حيا .

فلا شخصية للجنين الذى يموت أثناء عملية الولادة ولو تمت الوفاة بعد انفصال الجزء الأكبر منه عن أمه .

كذلك يتعين أن يتم انفصال الجنين حيا ، والا فاذا انفصل ميتا ولو بسبب غير طبيعى (كضرب الحامل على بطنها ضربا يؤدى الى اجهاضها) ، فانه لا تثبت له شخصية قانونية . ويستدل على حياة المولود، بالمظاهر التى تقطع فى الدلالة عليها ، كصراخه أو تنفسه ، وعند الشك يرجع القاضى فى ذلك الى الخبراء . فاذا تم انفصال المولود حيا ثبتت له الشخصية القانونية ولو مات عقب الولادة بلحظات ، حتى ولو كان سبب الوفاة أن الجنين قد ولد غير مستجمع للمقومات العضوية للحياة . فالمشرع المصرى لم يشترط لاكتساب الشخصية القانونية ما اشترطه المشرع الفرنسى من ضرورة أن يكون الجنين قد ولد « قابلا للحياة » Viable بمعنى أن يكون قد ولد « مستجمعا — عضويا — لأسباب الحياة » (٤) .

على أن يلاحظ أن ولادة الطفل حيا تنهض فى ذاتها قرينة فى القانون الفرنسى على أنه قد ولد قابلا للحياة ، ليكون لمن له مصلحة فى عدم ثبوت الشخصية القانونية لهذا الطفل — اذا ما توفى بعد ولادته بلحظات — أن يقيم الدليل على عكس هذه القرينة (٥) .

هذا والميلاد واقعة مادية ، يمكن اثباتها بجميع الطرق ، غير أنه بالنظر الى أهمية ما يترتب عليها من آثار ، فقد نظم المشرع اجراءات وسجلات خاصة لاثبات وقائع الميلاد (٦) . وفى هذا المعنى تقضى المادة ٣٠

---

(٤) «Avoir les organes essentiels à l'existence»
جوجلار كتاب ٢ ص ٤٧٣ بند ٤٤٤ ؛ بيفلان لانور ص ٨٩ ؛ وفى نفس المعنى : كاربونييه جـ ١ ص ١٨٣ بند ٤٩ .

(٥) راجع جوجلار ، الاشارة السابقة .

(٦) راجع فى الالتزام بالابلاغ عن الولادة ، والملتزم به ، وميعاده ، والجهة التى يتعين ابلاغها ، وكذلك فى وجوب اخطار السجل المدنى بالولادة ، وميعاده ؛ والعقوبة التى توقع عند مخالفة أى من هذه الأحكام المواد ١٥ ، ١٦ ، ١٧ ، ٥٧ من قانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ .

مدنى بأنه « ١ — تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .
٢ — فاذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى » .

الحمل المستكن :

١٦٤ — بعد أن حددت المادة ٢٩ بداية شخصية الانسان « بتمام ولادته حيا » ، أضافت بفقرتها الثانية استدراكا يجرى على النحو التالى : « ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » .

والحقوق التى يشير اليها هذا الاستدراك ، يمكن — وفق أحكام القانون المصرى (٧) — حصرها فيما يلى :

١ — للجنين الحق فى ثبوت نسبه لأبيه ، وكذلك فى اكتساب جنسيته ، بناء على حق الدم الذى يأخذ به المشرع المصرى كأصل لكسب الجنسية .

٢ — للجنين ، وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، الحق فى الارث ، حيث يوقف له من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى . فاذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه ، يرجع بالباقى على من دخلت الزيادة فى نصيبه من الورثة . واذا زاد الموقف للحمل عما يستحقه ،رد الزائد الى من يستحقه من الورثة . كذلك له وفقا لقانون الوصية ، الحق فيما يوصى له به .

٣ — للجنين الحق فيما يشترط لصالحه فى عقد اشتراط لمصلحة الغير (كتأمين الزوج على حياته لمصلحة من سينجبهم من الأولاد) .

١٦٥ — ونظرة على هذه الحقوق يتبين منها أنها جميعا تجد مصدرها فى وقائع لا تحتاج الى قبول من جانب من تتقرر لمصلحته ، وهو

---

(٧) وراجع فى هذه الحقوق فى القانون الفرنسى ، كاربونييه ج ١ ص ١٨٣ ، ١٤٨ بند ٤٩ .

أمر منطقى ، ما دام أن القبول يفترض الادراك ، وهو ما ينعدم ـ بداهة ـ لدى الجنين . ولذلك فان الجنين لا يمكنه أن يكسب الحق بموجب الهبة، رغم أنها لا تعدو ـ كما هو الحال فى الوصية ـ أن تكون بالنسبة له من الأعمال النافعة نفعا محضا ، وذلك لأن الهبة كعقد ، تحتاج ـ على العكس من الوصية التى تعتبر عملا قانونيا من جانب واحد ـ الى قبول من جانب الموهوب له (٨) ، (٩) .

١٦٦ ـ كذلك يتميز كسب الجنين لهذه الحقوق بأنه يقع معلقـا على شرط واقف هو تمام ولادته حيا . والا فاذا ولد الجنين ميتا فانه يعتبر وكأنه لم يكتسب هذه الحقوق فى أى وقت من الأوقات . اما أن تحقق الشرط أو تخلفه ـ بصفة خاصة ـ فيما لو كان الحق سيؤول الى فى بطن أمه ولو مات بعد الولادة بلحظات . ويظهر الفارق الجوهرى بين تحقق الشرط أو تخلفه ـ بصفة خاصة ن فيما لو كان الحق سيؤول الى الجنين بموجب الارث . فلو مات المورث ، وترك بين الورثة جنينـا ، وأوقف لهذا الأخير نصيبه وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، ثم انفصل عن أمه ميتا ، آل ما أوقف الى بقية الورثة .أما اذا انفصل حيا ، ولو مات

---

(٨) فى هـذا المعنى : عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٣ وما بعـدها بند ٣٨ ؛ شمس الدين الوكيل ص ٢٥ ؛ السنهورى وابو ستيت ص ٢٧٦ هـ ١ ؛ جميل الشرقاوى ١٩٧٠) ص ٧١ ، ٧٢ ؛ عبد المنعم البـدراوى ١٩٥٧) ص ٦٥ ، ٦٦ ؛ توفيق فرج ص ١٣٧ ، ١٣٨ .

(٩) حين يرى البعض ـ على العكس ـ ان الجنين يمكن ان يكسب كل الحقوق النافعة نفعا محضا ، حتى ولو كانت تحتـاج فى ثبـوتها الى قبول ؛ وذلك بالنظر لمـا اجازه قانون الولاية على المـال للأب أو للمحكمة من اختيار او تعيين وصى على الجنين يمكن ان يقبل هذه الحقوق عنه شفيق شحاته ص ٤٤ بند ٤٨ ؛ اسماعيل غانم محاضرات فى النظـرية العامة للحق ط ٢ ص ١٧٣ ، ١٧٤ ، ويقترب حمدى عبد الرحمن ص ١٦٩ . ويؤخـذ على هـذا الاتجـاه ، من ناحيـة ، أن ما اجازه هـذا القـانون انمـا هـو من الأمـور الاسـتثنائيـة التى لا يصـح القياس عليها ولا التوسع فيها (راجـع جمـال زكى ص ٣٧٦ وما بعـدها هـ ٨ ؛ وعبد المنعم البدراوى ، وتوفيق فرج ، الاشارة السابقة) . كما يؤخذ عليه من ناحية أخرى ان الشخص الذى أجاز تعيينه هـذا القانون ليس وليا بالمعنى المفهوم وانما هو مجـرد حارس ؛ اذ الولاية لا تثبت الا بعد الولادة (راجع : السنهورى وأبو ستيت ص ٢٧٦ هـ ١ ؛ محمـد سامى مدكور ص ٤٤ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٤ .

بعد ذلك بلحظات ، ثبت له الحق فيما أوقف له ، وآل بعد وفاته الى ورثته هو .

١٦٧ — ومن ناحية أخرى ، فان الاستدراك الذى أضافته الفقرة ٢ من المادة ٢٩ انما يقتصر على امكان كسب الجنين لقدر من الحقوق . فالحمل فى بطن أمه لا يتحمل — وفقا لما يستخلص من صريح نص هذا الاستدراك — بالواجبات (١٠) .

١٦٨ — فاذا كان الجنين بهذا الشكل ، لا يكتسب الا ما نشأ من الحقوق عن مصادر معينة (المصادر التى لا تحتاج الى قبول) . وكان ثبوت هذه الحقوق له يقع معلقا على شرط واقف هو تمام ولادته حيا ، وأنه حتى هذه اللحظة لا يتحمل بأى من الواجبات ، أمكن القول بعد ذلك بأن الجنين — حالة كونه كذلك — انما تثبت له شخصية قانونية من نوع خاص ، أو بتعبير آخر شخصية قانونية ناقصة ، ترد على خلاف الأصل العام الذى بموجبه تبدأ شخصية الانسان من وقت تمام ولادته حيا (١١) .

وهكذا يمكن القول بأن الشخصية القانونية للانسان تتوزع على مرحلتين : مرحلة كونه جنينا ، وفيها يثبت له قدر من الشخصية القانونية الاحتمالية ، حتى اذا ما بدأ المرحلة الثانية حالة خروجه الى الحياة حيا ، تأكدت شخصيته القانونية واكتملت .

واثبات قدر من الشخصية القانونية للجنين خلافا للأصل العام ، أمر تستدعيه فى بعض الأحيان ضرورة المحافظة على مصالحه فى هذه الفترة

---

(١٠) اللهم « الا ما قد ينشأ من التزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق » . برهام عطا الله ص ٣٦ .

(١١) راجع عكس ذلك وأن شخصية الانسان تبدأ منذ بدء الحمل ، أى منذ بدء تكوين الجنين فى بطن أمه : حسن كيره ص ٥٢٥ ، ٥٢٦ بند ٢٦٤ .
حمدى عبد الرحمن ص ١٦٩ .

(لامكان توريثه من أبيه مثلا الذى توفى قبل تمام ولادته) بما يجعل من المفهوم أن ينظر المشرع الى هذا الجنين باعتبار مآله ، وليعلق وجوده الاعتبارى على شرط واقف هو تمام ولادته حيا .

١٦٩ — وفى خارج اطار هذه الاعتبارات ، يصبح من غير المفهوم فى اعتقادنا — اسباغ وصف الشخصية القانونية على الجنين فى آى طور من أطوار تكوينه ، والخروج من ذلك الى القول — كما يرى البعض — بأن شخصية الانسان تبدأ منذ تكوينه فى بطن أمه (١٢) . فحتى اذا صرفنا النظر عما هو مسلم به من أن معيار ثبوت الشخصية القانونية هو امكان التحمل بالواجبات الى جانب امكان كسب الحقوق ، وأن الجنين لايتحمل بالواجبات ، فان فكرة كسب الحقوق ذاتها تقتضى من حيث الأصل — فيما نعتقد — أن يكون الجنين قد انفصل عن أمه حيا وأصبح له كيانه المتميز ، ما دام أن الحق ينطوى فى جوهره على قدرة ، أو سلطة ، أو ميزة يتمتع بها صاحبه ويكفل له القانون أن يفرض احترامها على من عداه فى المجتمع ، وهى أوصاف تفترض بداهة أن يكون الجنين قد تخطى هذه المرحلة وخرج الى الحياة كائنا اجتماعيا له وجوده الفعلى .

١٧٠ — أما فى فرنسا ، فان المجموعة المدنية تجيز للجنين أن يكسب الحق بالميراث (م ٧٢٥ مدنى) أو بالهبة (م ٩٠٦) ، وذلك اعمالا — فيما يبدو — لمبدأ أن « الجنين يعتبر مولودا كلما كان فى ذلك صالحه » (١٣) . لكن التساؤل يثور بين الشراح الفرنسيين حول ما اذا كان هذا المبدأ يمكن أن يطبق على اطلاقه فى خارج هاتين الحالتين .

أجازت ذلك محكمة النقض الفرنسية ، بحكمها الصادر فى ٢٤ ابريل ١٩٢٩ ، حين قضت — مستندة الى المبدأ سابق الذكر — بأحقية الطفل

---

(١٢) راجع الفقه المشار اليها سابقا هـ ١١ .

(١٣) «L'infant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt».

راجع جوجلار كتاب ٢ ص ٤٧٣ بند ٤٤٣ .

فى الايراد المستحق عن وفاة والده فى حادث عمل ، حين كان هذا الطفل جنينا لحظة هذا الحادث (١٤) • ثم كرس المشرع بعد ذلك هذا الاتجاه بالمـادة ٣١١ مدنى ، فى تعديلهـا بقانون ٣ يناير ١٩٧٢ (١٥) • وهكذا أصبح الفقـه الفرنسى يسلم الآن بثبوت الشخصية القانونية للطفل منذ تكوينه جنينا فى بطن آمه (١٦) •

ثانيا : انتهاء الشخصية :

١٧١ - واذا كانت شخصية الانسان تبدأ من وقت تمام ولادته حيا فانها تنتهى وفقا للمادة ٢٩ « بموته » • والوفاة ، كالميلاد ، هى واقعة مادية يمكن اثباتها بجميع الطرق • ونظرا لأهمية ثبوت تاريخها بدورها ، فقد نظم المشرع قيد الوفيات بالقانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ حين أوجبت المـادة ٢٩ منه على ذوى الشأن التبليغ عن الوفاة لمكتب الصحة فى ظرف ٢٤ ساعة من حدوثها أو ثبوتها • وعلى مكتب الصحة اخطار آمين السجل المدنى المختص بالوفاة خلال سبعة أيام من تاريخ ابلاغه بها •

هذا ويرى البعض من الشراح أن أعمال المبدأ المسلم فى الشريعة الاسلامية من أنه « لا تركة الا بعد سداد الدين » يستوجب القول بأن الشخصية القانونية للمورث تمتد بعد وفاته الى حين تصفية تركته وسداد ما عليه من ديون ، وذلك لاقالة الدائنين من مشقة متابعـة ورثة المتوفى كل على حـدة من ناحية ، وحماية هؤلاء الأخيرين من الالتزام بديون مورثهم فى ذمتهم الشخصية اذا زادت على حقـوق التركة من ناحيـة

---

(١٤) مشار اليه فى جوجلار ، الاشارة السابقة هـ ٢ .

(١٥) وتقضى هذه المـادة بأن :

«La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'etend du trois centiême au cent quatre-vingtième jour, inclusivement avant la date de la naissance».

(١٦) انظر مثلا : جوجلار كتاب ٢ ص ٤٧٣ بند ٤٤٣ ؛ بيفلان - لانور ص ٨٩ ؛ مارتى ورينـو حـ ٣ (الاشـخاص ، ١٩٧٦) ص ١٤ بنـد ١٣ .

أخرى (١٧) ، وهو تصوير منتقد . فشخصية الانسان تنتهى حتما بوفاته ، ولا يتصور بقاؤها بعد ذلك . ورعاية مصلحة دائنى المتوفى يكفلها القول بأن أموال التركة تؤول فور الوفاة الى الورثة مثقلة بحقوق الدائنين كما هو الحال فى الرهن ، بحيث يرجأ توزيع هذه الأموال على الورثة الى ما بعد سداد حقوق الدائنين منها (١٨) .

انتهاء الشخصية بالموت الحكمى (مركز المفقود) :

١٧٢ ـ قد تحيط الشكوك فى بعض الأحيان بحياة الانسان بحيث لا يعرف على وجه القطع ما اذا كان حيا أو ميتا . وعندئذ يطلق على الشخص فى هذه الحالة وصف المفقود . وفارق هام بين المفقود ومجرد الغائب . فهذا الأخير هو شخص حى حياة يقينية ، كل ما فى الأمر أنه لا يوجد له محل اقامة ولا موطن معلوم ، أو أن له محل اقامة أو موطن معلوم خارج البلاد واستحال عليه أن يباشر شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى ادارتها مدة سنة على الأقل ، بما يترتب عليه من تعطيل لمصالحه . وعلى هذا التحديد فان فكرة الغيبة أوسع من فكرة الفقد . فكل مفقود غائب ، ولكن العكس غير صحيح .

ولا صلة لفكرة الغيبة ـ بداهة ـ بانتهاء الشخصية ، ما دام أن الغائب مؤكدة حياته ، ومن ثم تستمر شخصيته القانونية . كل ما فى الأمر أن حالته تستدعى ، وقد تعذر عليه ادارة مصالحه ، أن يوكل أمر ادارة أمواله الى غيره . وهذا ما قررته ونظمته المادة ٧٥ من قانون الولاية على المال . ولما كان المفقود ـ بدوره ـ فى حاجة الى نفس الحماية ، وكان يدخل ولا شك فى عداد الغائبين ، فان هذا التنظيم يطبق عليه بدوره .

١٧٣ ـ أما ثبوت فقد الشخص فانه يثير أهمية بالغة من حيث

---

(١٧) راجع عرض لهذه الأفكار فى محمد سامى مدكور ص ٤٩ ؛ ومن هذا الرأى السنهورى وأبو ستيت ص ٢٧٧ بند ٢٢٢ .

(١٨) فى هذا المعنى ، أحمد سلامة ص ١٧٩ ؛ عبد الودود يحيى ص ٢٨٦ ؛ نعمان جمعه ص ٤٠٦ .

وجوب القول بانتهاء شخصيته بعد وقت معين ، ما دام أنه من غير المعقول أن تستمر الشخصية القانونية ثابتة لشخص تحيط الشكوك بوجوده وتشير الاحتمالات الى امكان وفاته . ولما كانت الشخصية القانونية لا تنتهى الا بالوفاة ، وكانت الوفاة الطبيعية للمفقود أمرا مشكوكا فيه ، فاذا قيل بوجوب انتهاء شخصية المفقود بعد وقت معين ، فلن يبقى سوى الحكم قضائيا بموته ، لتنتهى الشخصية بهذا الموت الحكمى . وهو ما قررته المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١٩) التى فرقت بين حالتين :

أ ـ حالة ما اذا كان المفقود قد غاب فى ظروف يغلب فيها الهلاك (كمن فقد فى ساحة القتال) ، حيث يحكم القاضى بموته بعد ٤ سنوات من تاريخ فقده . على أن يلاحظ أنه اذا كان المفقود من رجال القوات المسلحة ، وفقد أثناء العمليات الحربية ، فان وزير الحربية هو الذى يختص باصدار القرار بموته بعد مضى هذه المدة .

ب ـ حالة ما اذا كان المفقود قد غاب فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك (كمن يخرج فى رحلة) ، حيث يترك أمر تقدير المدة التى يمكن الحكم بعدها بموته لقاضى الموضوع ، وان كانت هذه المدة يجب ـ بداهة ـ أن تكون (رغم عدم النص) أكثر من ٤ سنوات (٢٠) .

على أنه يجب أن يلاحظ أن ما تقدم لا يحول دون أن يثبت ذو الشأن الموت الحقيقى للمفقود ، فيتعين ـ عندئذ ـ على القاضى أن يحكم بهذا

---

(١٩) راجع أحكام الفقد والغيبة فى القانون الفرنسى فى : كاربونييه ج ١ ص ١٨٦ ، ١٩٠ بند ٥١ ؛ بيفلان ـ لانور ص ٩٠ ، ٩١ ؛ جوجلار كتاب ٢ ص ٤٧٥ ـ ٤٨١ البنود ٤٤٦ ـ ٤٦٠ ؛ مارتى ورينو (الأشخاص) ص ١٦ ـ ٢٣ البنود ١٧ ـ ٢٤ .

(٢٠) وهذه الأحكام استمدها المشرع من مذهب الحنابلة ؛ حين يستلزم المذهب الحنفى لامكان الحكم بموت المفقود أن ينقرض كل اقرانه فى بلده ، والا فان تعذر البحث عن أقرانه فان القاضى يحكم بموته بعد مضى تسعين سنة من ولادته .

الموت ، دون ضرورة مرور أية مدة على الفقد ، لتترتب هنا آثار الموت الطبيعى لا الموت الحكمى •

١٧٤ — هذا وترتب حالة الفقد آثارا تختلف — فى الواقع — حسب مراحل ثلاث :

أولا : المرحلة ما بين ثبوت الفقد والحكم بموت المفقود :

وفيها يعتبر المفقود حيا فى حق الأحـكام التى تضره وتترتب على ثبوت موته ، وذلك أمر بدهى لاحتمال كونه حيا • ويتفرع على ذلك ، ألا يقسم ماله على ورثتـه ، وألا تطلق عليه زوجته ، اللهم الا ما خولته المـادة ١٢ من المرسوم سابق الذكر للزوجة اذا غاب عنها زوجها بلا عذر مقبول أكثر من سنة وكانت تتضرر من ذلك ، من أن تطلب من القاضى تطليقها بائنا ولو كان لهذا الزوج مال تستطيع الانفاق منه •

وبالمقابلة ، يعتبر المفقود — على العكس — ميتا فى حق الأحكام التى تنفعه وتضر غيره وتترتب على ثبوت حياته • ويتفرع على ذلك ، أنه لا يرث بالفعل من مورثه الذى مات بعد الفقد ، ولا يستحق بالفعـل ما يوصى به له • كل ما فى الأمر ، وعلى سبيل الاحتياط ، تقضى المادة ٤٥ من قانون المواريث ، بأن يوقف للمفقود من التركة بقـدر نصيبه الذى يستحقه لو كان حيا ، وكذلك يحفظ ما أوصى به له •

ثانيا فى المرحلة بعد الحكم بموت المفقود :

فاذا حكم القاضى بموت المفقود ، رتب هذا الحكم آثاره من تاريخ صدوره بالنسبة لأموال المفقود ، الذى يعتبر ميتا من تاريخ الحكم • ويتفرغ على ذلك أن هذه الأموال تعتبر تركة لورثته من يوم الحكم بموته ، وتقسم على المستحقين منهم للارث فى هذا الوقت • كما تعتبر زوجته قد ترملت من يوم صـدور الحكم ، لتعتد من هـذا الوقت عـدة الوفاة (ما لم يكن قد قضى قبل ذلك بتطليقها) ، ولتتزوج بعد انقضاء هـذه العدة بمن ترى •

أما بالنسبة لمـال الغير ، فان المفقـود يعتبر ميتا ليس من تاريخ صدور الحكم وانما من تاريخ الفقد . ويتفرع على ذلك أن ما أوقف له من نصيب فى الارث يرد الى من كان يستحقـه من الورثة وقت موت مورثه ، كما ترد الوصية بدورها الى ورثة الموصى .

ثالثا : حالة ما اذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته :

وفيها يكون لمن كان مفقـودا أن يسترد ما بقى قائمـا من أمواله (التى قسمت بين ورثته) تحت أيدى هؤلاء الورثة . كما يسترد كذلك ما يوجـد من استحقاقه فى ارث مورثه فى أيدى ورثة هـذا الأخير ، وما يوجد من الوصية فى أيدى ورثة الموصى . أما ما استهلكه هؤلاء من هذه الأموال أو ما تصرفوا فيه ، فانهم لا يسألون عنه فى مواجهة من كان مفقودا وقد آل اليهم بسبب شرعى هو حكم القاضى .

أما عن زوجته من كان مفقودا ، فانها تعود اليه اذا لم تكن قـد تزوجت بغيره ، أو كانت قد تزوجت بهذا الغير ولكنه لم يدخل بها بعد ، أو كان قد دخل بها وهو يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها .

المطلب الثانى

خصائص الشخصية القـانونيـة

تقسيم :

تتميز الشخصية القانونيـة للفرد بعـدة خصائص هى : الاسم ، والحالة ، والموطن ، والأهلية ، والذمة ، ونعالج كلا منها فى فرع مستقل .

الفرع الأول

الاســـم

Le nom

ضرورته :

١٧٥ — ان منطق الحيـاة فى مجتمع يقتضى — بالضرورة — أن يتميز الشخص عمن عداه من الأشخاص ، وذلك حتى يسهل — بصـفة

خاصة — تحـديد المكلف بالخطاب التشريعى ، وحتى يمتنع الخلط بين شخص معين وغيره من الأشخاص • والاسم هو الوسيلة التى يمكن أن يتحقق بها هذا التمييز (٢١) •

ولعل ضرورة الاسم — بهذا الشـكل — هى التى تجعله من أهم خصائص الشخصية القانونية ، وهى التى تخلع عليه وصف الواجب الى جانب كونه حقا من حقوق الشخصية • وعبارة المـادة ٣٨ مدنى التى تقضى بأن « يكون لكل شخص اسـم ولقب ، ولقب الشخص يلحـق أولاده » يمكن — فيما نعتقد — أن تفصح عن معنى ازدواج طبيعة الاسم واعتباره حقا للشخص وواجبا عليه فى آن واحـد • على أن يلاحظ أن فرض هذا الواجب لا يتصـور — بداهة — أن يقع على المولود لحظة خروجه الى الحياة ، فهو غير أهل لتحمل هـذا الواجب • ولذلك فان المشرع يفرضـه على ذويه فى لحظة ولادته (٢٢) • فيلزمهم بالابلاغ عن واقعة الميلاد مع اختيار اسم المولود واخطار الجهة المختصة به ، والا تعرض من يتخلف عن واجب الابلاغ الى غرامة لا تقل عن جنيه ولا تزيد على عشرة جنيهات •

الاسم واللقب :

١٧٦ — على أن تسمية الشخص باسم خاص به ، ان كانت تكفى لتمييزه عن غيره من أفراد أسرته الا أنها لا تكفى لتمييزه عمن عداه من سائر الأفراد فى المجتمع • لذلك تستوجب المـادة ٣٨ مدنى أن يضاف الى اسم الشخص لقبه ، ليتكون من العنصرين معا (الاسم الشخصى واللقب) اسم الشخص بالمعنى الواسع • واللقب هو اسم أسرة الشخص •

---

(٢١) وهكذا يعرف كاربونييه الاسم بأنه :

«Un moyen d'individualisation consistant dans l'usage d'un mot (ou d'une série de mots) pour désigner une personne».

ج ١ ص ١٩٧ بند ٥٥ •

(٢٢) أما اللقطاء فان واجب تسميتهم يقع — بموجب المـادة ٢٣ من قانون الاحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ — على أمين السجل المدنى المختص •

هـذا وتبرز فى البلاد الغربيـة ـ بصفة خاصـة ـ أهمية اللقب Le nom ، حيث يعرف الشـخص به هنـاك أكثر مما يعرف باسـمه الشخصى Le prénom (٢٣) ، أما فى مصر فان الالزام الذى تضـمنته المـادة ٣٨ من ضرورة اشتمال اسم الانسان على لقبـه ، قـد أرجىء فى الواقع تنفيذه ، ما دام أن المـادة ٣٩ تقضى بأنه « ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها » ولم يصدر بعد هذا التشريع الخاص .. وعملا يجرى التمييز بين الشخص ومن عداه من الأفراد عن طريق تكوين الاسم ثلاثيا ، حيث يدون فى النموذج المعد لذلك مشتملا على الاسم الشخصى مضافا اليه اسم الأب واسم الجد (أو اسم الأسرة) .

اسم الزوجة :

١٧٧ ـ وفى مصر ، تظل الزوجة ـ بعد زواجها ـ محتفظة باسمها الأصلى الذى كان لهـا قبل الزواج (٢٤) . أما فى البلاد الغربية فانهـا تفقد بزواجها اسم أسرتها (اللقب) ، لتحمل بعد الزواج لقب زوجها .

وليس يستند حمـل الزوجة لهـذا اللقب الى مجـرد اعتبارات « الملاءمة الاجتماعية التى تتجرد من القوة الملزمة » (٢٥) كما يتصـور بعض الشراح (٢٦) ؛ بل يسـتند الى قاعدة عرفية ، كرستها تشريعيا ـ بشكل ضمنى ـ بعض نصوص المجموعة المدنية الفرنسية ، التى تنظـم حدود حمل الزوجة للقب زوجها (٢٧) .

---

(٢٣) راجع فى هذا المعنى كاربونييه حـ ١ ص ١٩٨ بند ٥٥ .

(٢٤) ولعل فى هذا الاتجاه المصرى مظهرا من مظاهر احترام المشرع للكيان الذاتى للمـرأة ، ووجوب مساواتها للرجـل فيما يتمتع به من حقـوق .

(٢٥) ، (٢٦) راجع فى عرض هـذا التصـور ، كاربونييه حـ ١ ص ١٩٩ بند ٥٥ ؛ وراجع أيضا فى أن حمل الزوجة لهذا اللقب لم يكن سوى مجرد عادة حتى صدور قانون ٦ فبراير ١٨٩٣ الذى عدل بعض القواعد الخاصة بالطـلاق والانفصال الجسـمانى ، بيفـلان ـ لانور ص ١٠٣ .

(٢٧) راجع فى هـذا المعنى ، كاربونييه حـ ١ . ص ١٩٩ ، ٢٠٠ بنـد ٥٥ .

غير أن ما تقدم ليس يعنى أن الزوجة تفقد — بحمل لقب زوجها — اسمها هى الشخصى ، لأنها « اذا كانت تدخل بالمصاهرة فى أسرة الزوج ، الا أنهـا تحتفظ بمركزها القانونى الذى كانت تحتله — بالقرابة — فى أسرتها بالنسب » (٢٨) .

هـذا ويظل من حق الأرملة فى القـانون الفرنسى أن تحمل لقب زوجها المتوفى ، ما لم تتزوج من غيره (م — ٣٥٧ — ٣ مدنى فرنسى) . حين تفقد المطلقة — على العكس — هذا الحق بقوة القانون بمجرد الحكم بالطلاق ، ولو كان هذا الأخير قد قضى به لمصلحة الزوجة (م ٢٦٤) ، اللهم الا الاستثناء الذى أتى به قانون ١٢ يولية ١٩٧٥ (٢٩) والذى بموجبه « تحتفظ الزوجة بالحق فى استعمال لقب زوجهـا حينما يكون الأخير هو الذى طلب الطـلاق » . كذلك تقضى المـادة ٢٦٤ — ٣ من هـذا القانون ، بأن الزوجة يمكنها — فضلا عن ذلك — أن تحتفظ بالحق فى استعمال لقب زوجها ، اما باتفاقها معه ، أو بترخيص من القضاء لهـا ، وذلك اذا ما أقامت الدليل على أن لها شخصيا أو لأولادها مصـلحة فى هذا الاستعمال . (٣٠)

أما الانفصال الجسمانى فانه لا ينهى بالضرورة حق الزوجة المنفصلة فى حمل لقب زوجها ، وانما يكون الأمر سلطة تقديرية للقاضى ، الذى قد يحرم الزوجة المنفصلة من هذا أو يترك لها استعماله . (م ٢٩٩ مدنى معدلة بقانون ١٢ يولية ١٩٧٥) .

---

(٢٨) كاربونييه ص ٢٠٠ بند ٥٥ .

(٢٩) والذى يواجه فروض الطلاق بسبب انتهاء المعيشة المشتركة بين الزوجين ، والمنصوص عليها فى المـادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ مدنى فرنسى .

(٣٠) راجع فى تفاصيل ذلك ، بيفـلان — لانور ص ١٠٣ ، ١٠٤ ؛ وراجع كذلك فى تفاصيل أثر الطلاق على اسم الزوجين :

LE BRIS : L'effet du divorce sur le nom des époux. D 1965 chr p. 141—146.

انواع خاصة من الاسم :

أ ـ اسم الشهرة : (Surnom)

١٧٨ ـ وهو الاسم الذى اعتاد الناس اطلاقه على الشخص مع أهمال اسمه الرسمى أو بالاضافة اليه . وهذا الاسم يبتكره للشخص أحد الأفراد ، حيث يشتقه ـ غالبا ـ من صفات معينة تبرز بصفة خاصة فى هذا الشخص . فاذا شاع الاسم واشتهر به الشخص ، أصبح حقا له ، هذا الاطلاق لا يسقط ـ بداهة ـ الاسم الرسمى للشخص .

ب ـ الاسم المستعار : (Pseudonyme)

١٧٩ ـ جرت عادة الفنانين بصفة خاصة ، على اختيار اسماء مخالفة لاسمهم الرسمى ، وذلك للظهور بها أمام الناس . وأساس هذه العادة ، أما شيوع الاسم الرسمى للفنان الذى لم يكن له دخل فى اختياره ، أو غرابة هذا الاسم . فيقدم على اختيار اسم آخر له وقع موسيقى خاص يسهل على الناس النطق به ويساعده على الشهرة . هذا الاسم المستعار يأخذ نفس حكم اسم الشهرة . على أن يلاحظ أن لاصطلاح « الاسم المستعار » فى اللغة القانونية معنى آخر ليس هو المقصود فى هذا المقام (حين يستعمل فى مجال الصورية التى ترد على أشخاص التصرف القانونى ، حيث يخفى أحد العاقدين شخصيته تحت اسم شخص آخر يظل مجهولا عن المتعاقد الآخر) .

جـ ـ الاسم التجارى : (Nom Commercial)

١٨٠ ـ أما الاسم التجارى فانه العلامة التى تطلق على المنشأة التجارية لتمييزها عن غيرها . وهو قد يشتق من الاسم المدنى للشخص صاحب المنشأة ، وقد يكون اسما آخر . وهو على أية حال يختلف عن الاسم المدنى فى طبيعته ، ويخضع فى القانون التجارى لأحكام خاصة ، أبرزها أنه ـ وهو يعد من العناصر غير المادية للمتجر ـ يعتبر ذا طابع مالى ، فتسرى عليه أحكام الحقوق المالية ، ليدخل فى دائرة التعامل . وان كان التصرف فيه لا يجوز الا مع التصرف فى المنشأة التجارية نفسها .

تغيير الاسم :

١٨١ — ولعل من مظاهر اعتبار الاسم واجبا ، أن الشخص لايمكنه ان يغير فيه فى أى وقت ولمجرد اتجاه ارادته الى ذلك • وانما يجب عليه أن يمر بعدة اجراءات فرضها القانون ، حين يجب ان يقدم الشخص طلبا بالتغيير الى المحافظة التى ولد بدائرتها ، لتحيله هذه الاخيرة — بعد فحصه — الى وزارة الصحة ، حيث يعلن بعد ذلك عن التغيير فى احدى الجرائد اليومية وعن طريق تعليق نشره على باب القسم أو المركز أو على باب العمدة • فاذا لم يعترض أحد على هذا التغيير أمام المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها مكتب السجل المدنى المقيد به واقعه الميلاد ، تم تغيير الاسم بصدور حكم نهائى من هذه المحكمة بذلك (٣١) •

الحماية القانونية للاسم :

١٨٢ — ولما كان اسم الانسان من الحقوق اللصيقة بشخصيته ، فانه يخضع لما تقضى به المادة ٥٠ مدنى من أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » • وتطبيقا لهذا المبدأ قررت المادة ٥١ أن « لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء ، مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » •

فالاعتداء على الاسم يكون اما بمنازعة صاحبه فى استعماله بلا مبرر ، أو بانتحال الغير له دون وجه حق • وفى الحالتين يكون لصاحب الاسم ، ولو لم يلحقه من ذلك ضرر ، أن يطلب وقف المنازعة (٣٣)

---

(٣١) راجع فى تفاصيل ذلك القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ •

(٣٢) راجع فى هذه الحماية فى القانون الفرنسى ، بيفلان — لابور ص ١٠٧ ، ١٠٨ •

(٣٣) راجع فى شروط استعمال دعوى المنازعة فى استعمال الاسم فى القانون الفرنسى ، وطبيعة هذه الدعوى :

KAYSER : La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et d'après la jurisprudence administrative. R. T 1959 pp 14—33 (No. 5—23) et pp. 33 42 (No. 24—30).

أو الانتحال . كما أن له — اذا لحقه ضرر — أن يطلب الى القضاء تعويضا عنه من المعتدى (٣٤) .

الطبيعة القانونية للاسم ، وخصائصه :

١٨٣ — هذا ولقد تعددت وجهات النظر فى الفقه والقضاء الفرنسيين ، حول تحديد الطبيعة القانونية للاسم . وليس يتسع المقام لعرض تفاصيل هذه الاتجاهات . فقط نوجز القول بأن بعضها رأى فى حق الشخص على اسمه حق ملكية ترد على شىء معنوى (٣٥) ، حين يؤخذ عليه أن الملكية سواء فى طرائق كسبها ، أو فى بعض مكناتها وخصائصها ، تتنافى وحق السخص على اسمه . فاذا كانت طرائق كسب الملكية تتعدد ، فان الاسم يثبت للشخص — على العكس — باجراء يقوم به ذويه . واذا كانت أبرز مكنات حق الملكية هى مكنة التصرف فى الشىء المملوك ، فان الشخص — على العكس — لا يستطيع أن يتصرف فى اسمه (٣٦) . واذا كان من أبرز خصائص حق الملكية أنه حق مانع يستأثر به صاحبه على سبيل الانفراد ، فان كثيرا من الكلمات — على العكس — مما يشيع استعمالها من جانب عدد غير محصور من الأفراد كأسماء شخصية لهم .

كذلك رأى البعض الآخر فى اسم الأسرة نوعا من ملكية الأسرة (٣٧)

---

(٣٤) على أن يلاحظ أن هذه الحماية « لا تثبت — بداهة — الا للاسم المتميز عن غيره ، كالذى يتكون من اسم الشخص مضافا اليه اسم أبيه ، وأحيانا اسم جده لأبيه . أما اسمه وحده فلا يمكن أن تثبت له حماية قانونية ، لشيوع تسمية الأشخاص به » . محمود جمال الدين زكى ص ٣٩٠ بند ٢٦١ .

(٣٥) راجع أحكام فى هذا الاتجاه مشار اليها فى :

FOULON - PIGANIOL : lé nom de la personne et les personnages d'une oeuvre de l'esprit. D 1968 — chr — p. 117.

(٣٦) اللهم الا فى خصوص الاسم التجارى ، وبالشروط سابق الاشارة اليها . راجع سابقا بند ١٨٠ .

(٣٧) راجع أحكام قضائية فى هذا الاتجاه مشار اليها فى كايزير مقال ١٩٧١ سابق الاشارة ص ٤٥٨ هـ ٤ .

أو حقوق الأسرة ، حين يؤخذ على هذا التحديد بدوره أن الاسم يظل حقا للشخص ولو لم يكن له أسرة ، كاللقيط على سبيل المثال .

بل رأى بعض ثالث فى الاسم مجرد نظام من أنظمة البوليس المدنى Institution de Police . ومزية هـذا الرأى أنه يفسر الخاصية الاجبارية لحمل الاسم فى علاقة الفرد بالسلطة العـامة . لكنه ليس يكفى فى تحديد طبيعة الاسم ؛ لأن للشخص نفسه مصلحة ذاتيـة فى أن يكون متميزا عن غيره من سائر الأفراد فى المجتمع (٣٨) .

أما الرأى السائد فى كل من فرنسا ومصر ، فهو ذلك الذى يرى فى حق الشخص على اسمه حقـا من حقـوق الشخصية (٣٩) ، أو هو نظام مزدوج ، بمعنى انه واجب (او نظام ادارى او بوليسى) من ناحية ، وحقا من حقوق الشخصية من ناحية أخرى (٤٠) ، (٤١) .

١٨٤ — ويتفرع على اعتبار الاسـم من أبرز الحقـوق الملازمة لشخصية الانسان ، كما سبق أن ذكرنا ، ما يأتى :

١ — يظل الاسم حقا لصاحبه ما بقيت شخصيته .

٢ — لا يجوز التصرف فى الاسم أو النزول عنه للغير .

---

(٣٨) راجع عرض لهذه الاتجاهات فى : كايزير مقال ١٩٧١ ص ٤٤٥ وما بعـدها ؛ كاربونييه حـ ١ ص ٢٠٥ — ٢٠٧ بنـد ٥٧ ؛ بيفلان — لانور ص ١٠١ ، ١٠٢ .

(٣٩) راجع مثلا : كايزير مقال ١٩٧١ ص ٤٥٩ بند ١٥ ؛ البـدراوى ص ٨٣ ، ٨٤ بند ٥٤ ؛ شمس الدين الوكيل ص ٣٦ ؛ محمد سامى مدكور ص ٥٧ ؛ أحمد سـلامة ص ١٩٢ بنـد ١٠٥ ؛ عبد الودود يحيى ص ٢٩٠ ؛ نعمان جمعة ص ٤٢٦ .

(٤٠) فى هـــذا المعنى كاربونييه حـ ١ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ بند ٥٦ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٥ بند ٤٢ ؛ توفيق فرج ص ١٥٦ وما بعدها .

(٤١) ويرى البعض فى الاسم حقا من الحقـوق العامة . راجـع : سليمان مرقس ص ٤٢٦ بنـــد ٢٦٩ ؛ السنهورى وأبو ستيت ص ٢٧٩ بند ٢٢٥ ؛ جميل الشرقاوى ص ٧٩ ، ٨٠ .

٣ - لا يمكن أن يسقط الاسم بعدم الاستعمال مدة طويلة ، أى بالتقادم (٤٢) .

الفرع الثانى

الحالة

L'état de la Personne

المقصود بالحالة :

١٨٥ - اذا كان لكل انسان شخصية قانونية تجعله - من حيث الأصل - صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ، لا تمييز فى ذلك بين شخصية وأخرى ، أى بين انسان وآخر . وكانت هناك - من ناحية أخرى - حقوقا تثبت لكل انسان أيا كان ، وبحكم كونه كذلك لا أكثر ، لكونها لصيقة بالشخصية (كالحق فى الحياة ، وسلامة البدن ... الخ) ، الا أن هناك نوعا من الحقوق والواجبات لا يكون الشخص صالحا لاكتسابها أو للتحمل بها ، الا اذا وضع فى مركز قانونى محدد . ووضعه فى هذا المركز يتوقف على توافر صفات معينة فيه (ككونه وطنى مثلا ، أو قريب لآخر ، أو مسلم ... الخ) . ومجموع هذه الصفات هى ما اصطلح على تسميته بحالة الشخص .

فالحالة اذن هى مجموعة الأوصاف التى ان توافرت فى شخص حددت مركزه القانونى ، فجعلته صالحا لاكتساب نوع معين من الحقوق أو للتحمل بنوع معين من الواجبات ، ما كان ليكتسبها أو ليتحمل بها لو لم تتوافر فيه هذه الصفات (٤٣) ، (٤٤) .

---

(٤٢) راجع فى تفاصيل خصائص الاسم المدنى : بيفلان - لانور ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

(٤٣) راجع فى التفرقة بين الصفات التى تحدد حالة الشخص ؛ وبين الشروط أو العناصر اللازمة لاكتساب الحق . نعمان جمعة ص ٤١١ .

(٤٤) راجع فى أهمية الحالة ، وفى أنها هى التى تحدد « الذاتية القانونية » للشخص : جوجلار (دروس مازو) الكتاب ٢ ص ٤٨٦ بند ٤٦١ . ويصف نفس المؤلف حالة الشخص - فى هذا الصدد - بأنها أكثر ملازمة له من ملازمة الظل للجسد . ص ٤٨٩ بند ٤٦٩ .

١٨٦ - ولما كانت الحالة من عناصر الشخصية ، فانها - بالتالى - مما لا تقبل التجزئة ، ولا يجوز التصرف فيها . كما أن الشخص لا يمكن أن يكتسب الحالة أو يفقدها بمضى المدة أى بالتقادم (٤٥) ، (٤٦) .

١٨٧ - وفى الأزمنة القديمة ، كان الرومان ينظرون الى الصفات التى تحدد حالة الشخص أو مركزه القانونى من نواحى ثلاثة : الصفات التى تحدد مركز الشخص من حيث الحرية وما اذا كان - بالتالى - من الأحرار أو العبيد . والصفات التى تحدد مركزه من الوطن ، وما اذا كان - بالتالى - من الوطنيين أم من الأجانب . والصفات التى تحدد مركزه من الأسرة ، وما اذا كان مثلا رب هذه الأسرة أو زوجا أو ابنا...الخ(٤٧).

أما فى الأزمنة الحديثة ، وبعد الغاء نظام الرق ، فقد انحصرت الأوصاف المحددة للمركز القانونى للشخص ، وبالتالى لحالته ، فى علاقة الفرد بالوطن أى الدولة ، وهى ما اصطلح على تسميتها بالحالة السياسية (أو الجنسية) ، وفى علاقته بالأسرة ، وهى ما اصطلح على تسميتها بالحالة العائلية (أو القرابة) . وأضيف اليهما الحالة الدينية ، وهى العلاقة بين الفرد وما يعتنقه من دين معين .

١٨٨ - وسوف نقتصر فى هذه الدراسة على تفصيل كل من الحالة السياسية والحالة العائلية .

---

(٤٥) راجع - مع ذلك - فى الحالة الاستثنائية التى يمكن فيها فقد الحالة او كسبها - بموجب قانون ٣ يناير ١٩٧٢ فى فرنسا - جوجلار ، المرجع السابق ص ٤٩٠ بند ٤٧٢ . وراجع فى خصائص الحالة بوجه عام، نفس المؤلف ص ٤٨٩ ، ٤٩٠ بند ٤٦٩ .

(٤٦) ويرى بعض الشراح ، وبخاصة بعد قانون ٣ يناير ١٩٧٢ الفرنسى ، أن ما للحيازة من دور فى الاثبات فى مجال الملكية ، يمتد الى الحالة ، بمعنى أن « حيازة الحالة تنهض قرينة على حقيقة هذه الحالة »

«la possession d'état corstitue une présomption de la réalité de l'état»

الى أن يثبت العكس . جوجلار ، المرجع السابق ص ٤٩١ بند ٤٧٣ .

(٤٧) لمزيد من التفاصيل فى الدراسة التاريخية للحالة راجع جوجلار ، المرجع السابق ص ٤٨٦ بند ٤٦٢ .

أما ما يعتنقه الشخص من دين معين ، فالأصـل أنه لا يؤثر على حالته ، بمعنى أن حقوق هذا الشخص وواجباته تتحدد بمعزل عن اعتقاده الدينى ، وذلك اعمالا لمبدأ حرية العقيدة الذى تكفله الدساتير .

ويظل هـذا الأصل ثابتا فيمـا يتعلق بالحقوق السياسية وحقوق الشخصية ، فكل من هـذه وتلك يتمتع بها جميع المصريين بصرف النظر عن دياناتهم .

أما فى مجال الأحوال الشخصية ، فبالنظر الى أنه ليس هناك حتى الآن فى مصر قانون موحد ينظم هـذه الأحوال بالنسبة للمصريين جميعا بصرف النظر عن دياناتهم ، فان للدين أثرا هاما فيها ، حيث أن القواعد المنظمة لهـذه الأحوال مستمدة منه ، حين أن الأديان تختلف فيما بينها فى تنظيم بعض هذه الأحوال . فاذا كان المبدأ فى الشريعة المسيحية ــ على سبيل المثال ــ هو واحدية الزوجة ، فان من حق الزوج المسلم ــ على العكس ــ أن يعدد زوجاته الى أربع . واذا كانت الشريعة اليهودية تجيز زواج الرجل من بنت أخته أو من بنت أخيه (٤٨) ، فان مثل هذا الزواج يحرم فى الشريعة الاسلامية .

اولا : الحالة السياسية (الجنسية) :

المقصود بالجنسية ، واهميتها :

١٨٩ ــ يقصد بالجنسية ، الرابطة القانونية التى تربط بين الفرد والدولة التى ينتمى اليها ، والتى بموجبها يصبح هذا الفرد من رعايا هذه الدولة ، مكونا مع غيره ممن يتمتعون بهذه الصفة ، لشعبها .

١٩٠ ــ وتبعية الشخص لدولة معينة ، يؤثر تأثيرا بالغ الأهمية على مركزه القانونى ، من حيث تحديد الحقوق والواجبات التى يمكن

---

(٤٨) راجع مؤلفنا « نظام الزواج فى الشرائع اليهودية والمسيحية » ط ٧٨ ــ ١٩٧٩ ص ١٧٤ بند ١٦٤ .

أن تكون له أو عليه فى علاقته بوطنه • فليس يستوى ــ فى سائر الدول ــ الوطنى مع الأجنبى فى التمتع بالحقوق أو فى التحمل بالواجبات •

فهناك من الحقوق ما لا يتمتع به الا الوطنى ، وهى الحقوق التى تتعلق بادارة شئون الدولة ، أو ما اصطلح على تسميتها بالحقوق السياسية (كالحق فى الترشيح للمجالس النيابية ، أو لرئاسة الدولة ••• الخ) • كما أن هناك من المهن ما لا تسمح الكثير من الدول للأجانب بمزاولتها (كمهنة المحاماة) •

وهناك ــ من جهة أخرى ــ من الواجبات ما لا يتصور أن يفرض الا على الوطنى ، كواجب أداة الخدمة العسكرية مثلا •

نوعا الجنسية :

وتنقسم الجنسية فى القانون المصرى (٤٩) الى نوعين :

(ا) الجنسية الأصلية :

١٩١ ــ وهى التى تثبت للشخص بمجرد ميلاده ، وتقوم اما على أساس من رابطة الدم ، أو على أساس من رابطة الاقليم (٥٠) •

فيعتبر مصريا على الأساس الأول ، كل من ولد لأب مصرى ، دون ما أى شرط آخر ، حتى ولو وقع الميلاد خارج الاقليم المصرى (٥١) • كما يعتبر مصريا على الأساس الثانى ، كل من ولد على الأرض المصرية•لكن ، لمـا كان مجرد الميلاد على الأرض المصرية قد يقع بمجرد المصادفة ، بما

---

(٤٩) لم ينظم المشرع المصرى الجنسية فى التقنين المدنى ، وانمـا احالت المـادة ٣٣ من هذا التقنين ، فى تنظيم الجنسية الى قانون خاص. والقانون الذى ينظم الجنسية حاليـا فى مصر هو القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ •

(٥٠) ويأخذ المشرع المصرى بالأساس الأول كأصل ، ويكمله بالأساس الثانى فى بعض الفروض •

(٥١) م ٢ (ثانيا) من قانون ٨٢ لسنة ١٩٥٨ •

لا يبرر فى الواقع منح الجنسية ، فان ثبوت الجنسية بناء على حق الاقليم ، انما ينحصر فى الحالات الآتية :

١ ـ اذا ولد الطفل لأم مصرية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له .

٢ ـ اذا ولد الطفل لأم مصرية ولم تثبت نسبته لأبيه قانونا (الولد الطبيعى) .

٣ ـ اذا ولد الطفل لأبوين مجهولين (اللقيط) . على أن يلاحظ أن مجرد العثور على اللقيط فى أرض الدولة ، يقوم قرينة على أنه قد ولد بها ، حتى يثبت العكس (٥٢) .

(ب) الجنسية المكتسبة (التجنس) :

١٩٢ ـ وهى الجنسية التى تثبت للشخص فى وقت تال على ميلاده ، واستنادا الى سبب يطرأ بعد هذا الميلاد . أو بعبارة أخرى ، الجنسية التى يكتسبها شخص يتمتع بجنسية أخرى ، أو على الأقل معدوم الجنسية أو مجهولها . وفى مصر ، تكتسب الجنسية اما بسبب الزواج أو الاقامة .

١٩٣ ـ فللأجنبية ، اذا تزوجت بمصرى ، الحق فى كسب الجنسية المصرية ، اذا رغبت ، وأبلغت برغبتها وزير الداخلية ، واستمرت الحياة الزوجية سنتين على الأقل بعد اعلان هذه الرغبة . على أنه « يجوز لوزير الداخلية ، بقرار مسبب ، قبل فوات المدة المشار اليها ، حرمان الزوجة من حق الدخول فى الجنسية » .

١٩٤ ـ وكذلك لمن أقام فى مصر اقامة عادية لمدة ١٠ سنوات متتالية على الأقل ، أن يكتسب الجنسية المصرية اذا طلبها ، بشرط أن

---

(٥٢) راجع م٢ (ثانيا ، وثالثا ، ورابعا : من القانون سابق الاشارة).

يكون بالغا سن الرشد ، محمود السيرة ، ملما باللغة العربية ، سليم العقل والجسم ، وله وسيلة مشروعة للكسب . هذا وتخفض المدة السابقة الى ٥ سنوات ، اذا كانت الاقامة مسبوقة بحصول الأجنبى على اذن من وزير الداخلية بالتوطن فى مصر .

١٩٥ — ويبقى أن نشير الى أنه من حق رئيس الجمهورية فى مصر ، بغير التقيد بشرط الاقامة ، أن يصدر قرارا بمنح الجنسية لأجنبى أدى للدولة أو للقومية العربية أو للأمة العربية خدمات جليلة .

١٩٦ — كذلك نسارع الى التنبيه ، بأن القانون المصرى لا يسوى بين الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة . فالمتجنس — على سبيل المثال — لا يحق له التمتع بالحقوق السياسية قبل انقضاء ٥ سنوات من تاريخ كسبه للجنسية ، كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه عضوا فى أى هيئة نيابية قبل مضى ١٠ سنوات من التاريخ المذكور . على أنه يجوز بقرار من وزير الداخلية ، أن يعفى من شرط انقضاء هاتين المدتين من يكون قد انضم الى القوات الوطنية المحاربة وحارب فى صفوفها ، كذلك فان الجنسية المكتسبة يمكن سحبها خلال الخمس سنوات التالية لاكتسابها اذا تحقق سبب من الأسباب التى حددها القانون ، كصدور بعض الأحكام الجنائية على المتجنس ، أو انقطاعه عن الاقامة فى مصر بغير عذر لمدة سنتين متتاليتين ، أو اذا كان قد قد منح الجنسية استنادا الى الغش .

ثانيا : الحالة العائلية (القرابة) :

تعريفها ، واهميتها :

١٩٧ — الحالة العائلية هى الصفة التى تحدد مركز الشخص بالنسبة للأسرة التى ينتمى اليها . على أن يكون من المفهوم أن المقصود بالأسرة هنا ليس هو معناها الضيق الذى ينحصر فى الزوج والزوجة والأولاد ، وانما هو معناها الواسع ، باعتبارها مجموعة الأشخاص الذين تربط بينهم رابطة قرابة . وفى هذا المعنى تقضى المادة ٣٤ مدنى بأنه

« ١ ــ تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه ٢ ــ ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » . كما تضيف المادة ٣٧ أن « أقارب الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر » .

١٩٨ ــ وغنى عن البيان ، أن الحالة العائلية للشخص انما تؤثر فى مركزه القانونى تجاه أسرته وتحدد ما له من حقوق وما عليه من واجبات تجاه أفراد هذه الأسرة . فلو كان الشخص أبا ــ على سبيل المثال ــ لكان له على أولاده حق الطاعة والتأديب ، وكان عليه فى مواجهتهم واجب التوجيه والرعاية والانفاق . كما أن هناك من النصوص القانونية ، ما يعول فى ترتيب آثار قانونية معينة ، على ضرورة توافر درجة معينة من درجات القرابة ، على ما سنبينه فيما بعد .

نوعا القرابة :

١٩٩ ــ والقرابة ، كما يتضح من نص المادتين ٣٤ ، ٣٧ سابقتى الذكر ، نوعان : قرابة نسب ، وقرابة مصاهرة (٥٣) .

(أ) قرابة النسب :

قرابة النسب ، أو قرابة الدم كما يطلق عليها فى بعض الأحيان ، هى الصلة بين الشخص ومن يجمعهم به أصل مشترك ، سواء من ناحية الأب أو من ناحية الأم . وهى تنقسم ــ بدورها ــ الى نوعين :

١ ــ القرابة المباشرة :

وتقوم هذه القرابة على « الصلة بين الأصول والفروع » م ٣٥ . والأصل هو كل من نزل منه الفرع كالأب والجد وان علوا . والفرع هو من ينحدر عن الأصل ، كالابن وابن الابن وان نزلوا . وهكذا تجمع القرابة المباشرة بين كل من يربطهم من الأشخاص عمود النسب .

---

(٥٣) راجع فى تعريف القرابة ، ونوعاها فى القانون الفرنسى : كاربونييه جـ ٢ ص ٣٢١ بند ١٠٩ ؛ مارتي ورينو (الأشخاص) ص٣٣ ، ٣٤ بند٣١ .

٢ - قرابة الحواشي :

وهي التي تقـوم بين أشخاص يجمعهم أصـل مشترك وان كانوا لا يقعون على عمود النسب لأن أحدهم ليس فرعا للآخر . فالأقرباء قرابة الحواشي لا ينحدر بعضهم من بعض ، وانما يتميزون بوجود أصل مشترك يجمع بينهم . مثال ذلك ، قرابة الأخ لأخيه ، فليس أحدهما فرعا للآخر ، وان جمعهما أصل مشترك وهو الأب .

(ب) قرابة المصاهرة :

وهي القرابة التي تنشأ عن الزواج ، بين أحـد الزوجين وأقارب الزوج الآخـر . فكل من الزوجين ، يدخل بالزواج ، في أسرة الزوج الآخر ، ويحتل مكانه ، بحيث يكون قريبا لكل أقربائه وبنفس الدرجة . وفي هذا المعنى تقضي المـادة ٣٧ بأن « أقارب أحـد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر » . على أن يلاحظ أن هـذه القرابة مقصورة على أحـد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . أما أقارب أي من الزوجين فلا يعتبرون أقارب لأقرباء الزوج الآخر (فاذا كان شقيق الزوج - مثلا - يعتبر قريبـا من الدرجة الثانية للزوجة ، الا أنه لا قرابة - على العكس - بينه وبين شقيق الزوجة) (٥٤) .

---

(٥٤) على أن يلاحظ ان بعض الشرائع الدينية تعتبر أقـربـاء الدم لأحد الزوجين ، أقارب لأقرباء الدم للزوج الآخر في بعض الأحيان ، وتجعل هذه القرابة مانعة من الزواج في حدود معينة . ففي الشريعة الكاثوليكية مثلا ، يمتنع الزواج في هذه الصورة من صور القرابة حتى الدرجة الرابعة. على أن يلاحظ أنه في حساب درجة القرابة فيها ، تحدد أولا درجة القرابة بين كل من الزوجين وقريب الزوج الآخر ، ثم تجمـع بعد ذلك درجتي القرابتين ، فان جاوزت الدرجة الرابعة جاز الزواج والا امتنع . وهكذا مثلا ، يمتنع الزواج بين شقيق الزوج - في هذه الشريعة - وشقيقة الزوجة (أقارب من الدرجة ٤) ، وبين شقيق الزوج وأم زوجة هـذا الآخـر (أقارب من الدرجـة ٣) ، حين يجـوز - على العكس - الزواج بين عم الزوج وعمـة الزوجة (أقارب من الدرجة ٦) . راجع مؤلفنا في نظـام الزواج سابق الاشارة ص ١٧٧ ، ١٧٨ بند ١٦٧ .

كيفية حساب درجة القرابة (٥٥) :

٢٠٠ ـ كثيرا ما يشترط القانون لامكان ترتيب آثار قانونية معينة ، ضرورة توافر درجة معينة من درجات القرابة ، بما يجعل لحساب درجة القرابة أهمية بالغة . وقد بينت كيفية حساب درجة القرابة المادة ٣٦ مدنى حين قضت بأنه « يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة ، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه الى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة » .

ويتضح من هذا النص ، أنه عند حساب درجة القرابة بين شخصين ، يجب اسقاط الأصل (فى القرابة المباشرة) ، أو الأصل المشترك (فى قرابة الحواشى) من الحساب ، واعتبار كل فرع بعد ذلك درجة . وتطبيقا لذلك ، يعد ابن الابن قريبا للجد من الدرجة الثانية (حيث يحذف الأصل وهو الجد ، فيبقى فرعين أى درجتين ، فرع للأب وفرع للابن) . كذلك يعتبر الشخص قريبا لابن عمه من الدرجة الرابعة (حيث يحذف الأصل المشترك وهو الجد ، فيبقى أربعة فروع أى أربع درجات ، فرع للشخص المحسوب درجة قرابته ، وفرع لأبيه صعودا ، ثم فرع لعمه وفرع لابن عمه نزولا) .

ويمكن تبسيط حساب درجة القرابة بأسلوب آخر حيث ينظر الى سلسلة هذه القرابة . لتعد كل حلقة من حلقاتها درجة من درجات القرابة ، فقرابة الأخ لأخيه من الدرجة الثانية حيث تتكون سلسلتها من حلقتين ، وقرابة الشخص لابن عمه من الدرجة الرابعة حيث تتكون سلسلتها من أربع حلقات ، وهكذا .

هذا وتحسب درجة قرابة المصاهرة كما تحسب درجة قرابة النسب ، باعتبار أن الزوج ينزل ـ كما سبق أن قدمنا ـ فى مركز زوجه بالنسبة

---

(٥٥) راجع فى كيفية حساب درجة القرابة فى القانون الفرنسى : كاربونييه حـ ص ٣٢١ بند ١٠٩ .

لأقربائه وبنفس الدرجة • فالزوج قريب لشقيق الزوجة مثلا من الدرجة الثانية والزوجة قريبة لابن عم الزوج من الدرجة الرابعة ••• وهكذا •

اثبات القرابة (٥٦) :

٢٠١ ــ لا صعوبة فى اثبات قرابة المصاهرة الناشئة عن الزواج ، لأن عقد الزواج يتم توثيقه فى محرر رسمى •

أما قرابة النسب ، فلا صعوبة فى الأمر اذا كان المراد هو اثبات نسب الابن لأمه ، ذلك أن هذا النسب يثبت بالولادة ، وهذه الأخيرة هى واقعة مادية يسهل اقامة الدليل عليها • أما اثبات نسب الابن لأبيه فقد تبدو صعوبته ، اذ ليس هناك ما يقطع فى الدلالة على أن الابن الذى ولد هو لهذا الأب بالذات • على أن ميلاد الطفل فى أثناء الزوجية انما يقوم قرينة على أنه نتيجة لهذه الزوجية ، ومن ثم ينسب الى الزوج ، شريطة أن يكون قد ولد بعد مرور ستة أشهر على الأقل من الزواج ، وقبل مضى سنة على وفاة الزوج • هذا وتجيز الشريعة الاسلامية كذلك ، ثبوت النسب بالاقرار وحده ، وهو اعتراف الزوج ببنوة الابن ، بشرط أن يكون هذا الأخير مجهول النسب (وذلك بالنظر الى تحريم التبنى) وأن يكون ممن يمكن أن يولد مثله للمقر ، وألا يصرح المقر أن الطفل ولد له من الزنى ، لأن من المبادىء المسلم بها أن الاثبات لا يقبل اذا كان محله واقعة غير مشروعة •

آثار القرابة (٥٧)

٢٠٢ ــ هذا ويرتب القانون على القرابة آثارا يمكن تلخيصها على النحو التالى :

---

(٥٦) راجع فى اثبات القرابة فى القانون الفرنسى : كاربونييه جـ ٢ ص ٣٢٥ بند ١١٠ ؛ مارتى ورينو (الأشخاص) ص ٣٥ بند ٣٣ .

(٥٧) راجع فى آثار القرابة فى القانون الفرنسى : كاربونييه جـ ٢ ص ٣٢٥ بند ١١٠ ؛ مارتى ورينو (الأشخاص) ص ٣٨ ؛ ٦١ البنود من ٣٥ : ٦٠ .

١ ــ يكون للشخص من الحقــوق وعليه من الواجبات فى نطاق أسرته ما يتوقف على تحديد درجة قرابته • فان كان زوجا ــ على سبيل المثال ــ كان له على زوجته حــق الطاعة ، وكان عليه تجاهها واجب الانفاق • وهذه الحقوق هى ما أسطلح على تسميتها بحقوق الأسرة •

٢ ــ اذا مات الشخص كانت درجة قرابته الى بعض الأشخاص هى المرجع فى تحديد مدى أحقيتهم فى الارث من تركته ، وفى تحديد انصبائهم فى ذلك الارث •

٣ ــ كذلك فان درجة القرابة هى المرجع فى تحديد موانع الزواج ، حيث تحرم الشريعة الاسلامية هــذا الزواج بين بعض الأشخاص الذين تجمعهم درجة معينة من القرابة •

٤ ــ قد يخص القانون بعض الأشخاص بمزية بناء على درجة معينة من القرابة يحتلونها • مثال ذلك ، ما جاء بالمــادة ٢٢٢/٢ من قصر الحق فى التعويض عن الألم المعنوى الناجم عن موت المصاب ، على زوج هذا الأخير وأقاربه الى الدرجة الثانية •

٥ ــ وقد يحرم القانون ــ على العكس ــ بعض الأشخاص من ميزة بسبب درجة القرابة بين أشخاص معينين ومن ذلك ما تقضى به المــادة ٩٣٩ مدنى من تحريم الأخذ بالشفعة « اذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية » (٥٨) •

---

(٥٨) راجع كذلك المــادة ٣١٣ مرافعات ، حيث تجعل القاضى غير صالح لنظر الدعوى ، ممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم ، اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصــــوم حتى الدرجة الرابعــة ، أو كانت له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عموم النسب مصلحة فى الدعوى القــــائمة .

الفرع الثالث

المواطن

Le domicile

فكرة الموطن ، وضرورته :

٢٠٣ — ان منطق الحياة فى مجتمع ، يقتضى بالضرورة دخول الشخص فى علاقات قانونية مع غيره من الأفراد • وأمثال هذه العلاقات تستلزم حتما تحديد مكان معين يمكن أن يخاطب الشخص فيه ، سواء وجد فى هذا المكان بالفعل أم لم يوجد ؛ اذ ليس من المعقول أن نلزم كل من يريد اتخاذ اجراء قانونى فى مواجهة أحد الأشخاص ، أن يتعقب هذا الشخص أو يبحث عن محل وجوده • هذا المكان الذى يمكن — قانونا — مخاطبة الشخص فيه سواء وجد فيه بالفعل أم لم يوجد هو ما يسمى بالموطن (٥٩) •

٢٠٤ — واذا كانت فكرة الموطن يقتضيها كما سبق أن قدمنا منطق حياة الفرد فى مجتمع بما يستتبعه من دخوله فى علاقات قانونية مع غيره ، فان من يستعرض أحكام القانون المصرى انما يجد فضلا عن ذلك الكثير من النصوص التى تبرز أهمية تحديد موطن الشخص (٦٠) • ونتخير منها على سبيل المثال :

١ — ما تقضى به المادة ٣٤٧ مدنى من وجوب تسليم محل الالتزام (ما لم يكن شيئا معينا بالذات) فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين

---

(٥٩) ولذلك يعرف البعض الموطن بأنه « المقر القانونى للشخص » (Le siège légal d'une personne) ، جوجلار (دروس مازو) كتاب ٢ ص ٥٨٤ بند ٥٦٧ . كما يعرفه البعض الآخر فى نفس المعنى بأنه المكان « الذى يحل فيه الشخص فى نظر القانون » (où elle est située aux yeux de la loi) ؛ بيفلان — لانور ص ١١٩ .

(٦٠) راجع فى أهمية الموطن فى القانون الفرنسى : كاربونييه ج ١ ص ٢١٤ — ٢١٦ بند ٦٠ ؛ جوجلار المرجع السابق ص ٥٨٤ وما بعدها بند ٥٦٨ ؛ بيفلان لانور ص١١٨ ، ١١٩ ؛ شيفالييه المرجع السابق ص٤٢ .

وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال .

٣ ـ ما تقضى به المادة / ١٤٩ مرافعات ، من جعل العبرة فى اجراءات شهر افلاس التاجر أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطنه .

٣ ـ ما تقضى به المادة / ١٤٩ مرافعات ، من جعل العبرة فى الاختصاص المحلى للمحاكم ـ كقاعدة عامة ـ هو بموطن المدعى عليه . حين نصت على أنه « يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . فان لم يكن للمدعى عليه موطن فى الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل اقامته . واذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم » .

كيفية تحديد الموطن :

٢٠٥ ـ ذكرنا انه من غير المنطقى أن يتحدد موطن الشخص على أساس من المكان الذى يتواجد فيه ، فقد يكون وجود الشخص فى مكان معين وجودا عابرا أو محض مصادفة . وقد يصعب فى كثير من الأحيان ـ ان لم نقل يستحيل ـ معرفة هذا المكان . وليس فى ذلك بالتأكيد صالح الشخص نفسه ولا صالح من يريد التعامل معه . وباستبعاد هذا المكان لا يبقى الا أحد مكانين يمكن التعويل عليه كموطن للشخص . فأما أن ينظر الى المكان الذى يوجد فيه المقر الرئيسى لأعمال الشخص ومصالحه (كمكان المكتب بالنسبة للمحامى ، ومكان المتجر بالنسبة للتاجر..الخ)، ولو كان هذا الشخص يقيم فى مكان آخر[٦١] و [٦٢] . واما أن يتحدد

---

(٦١) ويأخذ بهذا التحديد ـ أساسا ـ القانون الفرنسى حيث عرفت المادة ١٠٢ مدنى فرنسى موطن الشخص بأنه :

«Le lieu oú elle a son principal etablissement»

او كما عبر بعض الشراح الفرنسيين : «le centre des affaires».
جوجلار المرجع السابق ص ٥٨٢ راجع فى مزايا هذا التحديد وعيوبه : جوجلار ص ٥٨٥ بند ٥٦٩ ؛ ص ٥٨٦ بند ٥٧٠ ؛ شيفاليبه ص ٤٣ .

(٦٢) وازاء ما كشف عنه التطبيق العملى لهذا التحديد من مصاعب ،

الموطن على أساس من الاقامة الفعلية للشخص • وواضح ان التصوير الأول لا يهتم بالواقع ، وينعته الفقه لهذا السبب بـ « التصوير الحكمى »([٦٣]) ، وذلك على العكس من الثانى الذى يطلق عليه — بالمقابلة — « التصوير الواقعى » ([٦٤]) •

تحديد الموطن فى القانون المصرى :

٢٠٦ — وهذا التصوير الأخير هو الذى أخذ به التشريع المصرى، حين قضت المادة / ٤٠ مدنى بأن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » •

ويتضح من هذا النص أن هناك عنصرين يجب توافرهما لاعتبار مكان ما موطنا للشخص :

١ — عنصر مادى : وهو الاقامة الفعلية ، أى السكن وبناء عليه لا يعتبر موطنا للشخص المكان الذى يتردد عليه ، ولو بشكل متكرر ، لزيارة قريب مثلا أو صديق ، حتى ولو كان يقضى معظم وقته فيه ؛ مادام أنه يعود — بعد استنفاذ هذا الغرض — الى منزله هو ، حيث زاده ومتاعه • بل ان المنزل الذى لا يزال صاحبه يجرى اعداده للسكنى لا يعتبر بعد موطنا له ، ما دام أنه — حالة كونه كذلك — لا يمكنه أن يقيم فيه اقامة فعلية •

اضطر القضاء الفرنسى الى أن يكمله بفكرة الوطن الظاهر (le domicile apparente) . وهو المكان الذى يظهر للناس أنه موطن الشخص ولو لم يكن هو المكان الذى يوجد فيه المقر الرئيسى لأعماله حقيقة . واعتد — بالتالى — باتخاذ الاجراءات القانونية فى هذا الموطن ، ما دام أن متخذ الاجراء كان حسن النية . راجع أحكام النقض المشار اليها فى : كاربونييه جـ ١ ص ٢٢٦ بند ٦٤ ؛ وفى جوجلار المرجع السابق ص ٥٩١ بند ٥٧٨ هـ ١ .

ويرى البعض فى الاعتداد بهذا الموطن الظاهر اعمالا لفكرة أن الخطأ الشائع يولد الحق . راجع : بيفلان — لانور ص ١٢٣ .

وراجع فى تجرد فكرة الموطن الظاهر من أهميتها بعد قانون ٢ ابريل ١٩٧٢ فى فرنسا ، كاربونييه الموضع السابق .

(٦٣) ، (٦٤) انظر مثلا : أحمد سلامة ص ١٩٦ بند ١٠٨ ؛ عبد الودود يحيى ص ٣٠٤ ؛ نعمان جمعة ص ٤٣٣ .

٢ — عنصر معنوى : وهو الاعتياد أو الاستقرار فى الاقامة . ولعل هذا العنصر الثانى هو الذى يميز فى الواقع بين الموطن بمعناه القانونى ومحل الاقامة ، وهو المكان الذى يحل فيه الشخص بصفة وقتية (كالاقامة فى مكان للمصيف مدة مؤقتة) . على انه يجب أن يلاحظ — كما نبهت المذكرة الايضاحية — ان فكرة الاستقرار فى الاقامة لا تتلازم دائما واستمرار هذه الاقامة مدة معينة أو اتصالها دون انقطاع ، وانما « استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة » . فقد تزول الاقامة بعد وجودها بوقت قليل ، ومع ذلك لا ينفى هذا الزوال انها كانت أثناء قيامها اقامة مستقرة (كمن يقيم فى شقة ، ثم يطرأ من الأسباب ما يدعوه الى تركها) . وقد يطول — على العكس — حلول الشخص فى مكان معين ، ومع ذلك لا يعتبر موطنا له ، ما دام أن هناك من الظروف ما يقطع أن اقامته فى هذا المكان ليست هى اقامته المعتادة (كمن يترك موطنه المعتاد ليقيم — بناء على نصيحة الأطباء — فى مكان خاص طلبا للاستشفاء ، ثم تطول اقامته فى هذا المكان) .

وعلى أية حال فان « تقدير عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرها فى الموطن ، من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع [٦٥] » .

٢٠٧ — ويتفرع على تعويل المشرع المصرى على مكان الاقامة المعتادة فى تحديد الموطن ، انه ، من ناحية ، قد يكون للشخص أكثر من

---

(٦٥) نقض ١٩٧١/١١/٩ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٢ (١٩٧١) رقم ١٤٥ ص ٨٧٢ . كذلك يبدو أن فقهاء الشريعة الاسلامية يستلزمون نية الاستيطان شرطا لتحديد موطن الشخص . وفى هذا المعنى قضت دائرة الأحوال الشخصية بمحكمة النقض بأن : « الرأى عند فقهاء الشريعة الاسلامية ، على أن الموطن الأصلى هو موطن الانسان فى بلدته ، أو فى بلد أخرى اتخذها دار توطن فيها مع أهله وولده ، وليس فى قصده الارتحال عنها . وأن هذا الموطن يحتمل التعدد ، ولا ينتقض بموطن السكن » . نقض ١٩٧٠/١١/٢٥ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢١ (١٩٧٠) رقم ١٩٠ ص ١١٦١ .

موطن ، وذلك اذا اعتاد الاقامة المستقرة فى أكثر من مكان (كمن تتعدد زوجاته ويتخذ لكل منهن مكانا مستقلا يقيم معها فيه) ، وأنه من ناحية أخرى ، فقد لا يكون للشخص موطن ما ، وذلك اذا لم يكن له مكان يقيم فيه على وجه الاستقرار ، كما هو الحال فى البدو الرحل . وقد تبصرت الفقرة / ٢ من المـادة / ٤٠ سابقة الذكر هذه النتائج ، حين قضت بأنه « ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما » .

٢٠٨ ـ هذا المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، والذى يعتبر المقر القانونى للشخص بالنسبة لكل نشاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عام، يطلق عليه فى الاصطلاح « الموطن العام » . وذلك تمييزا له عما يسمى بالموطن الخاص ، وهو المقر القانونى للشخص بالنسبة لبعض الأعمال بوجه خاص . كما يسمى كذلك ـ « الموطن الاختيارى » بالنظر الى أن اقامة الشخص فى مكان معين انما هو أمر يرجع الى اختياره ، وذلك تمييزا له عما يسمى بالموطن الالزامى حين يحدد القانون لبعض الأشخاص موطنا معينا لا دخل لارادتهم فى اختياره .

الموطن الالزامى :

٢٠٩ ـ هو الموطن الذى يحدده القـانون لمن لا يستطيعون ـ قانونا ـ مباشرة أعمالهم بأنفسهم ، كالقصر ومن فى حكمهم ، اذ تقتضى مصلحتهم أن يتحدد موطنهم على أساس من المكان الذى يقيم فيه عادة من يخاطبون فى شخصـه ، أى من ينوب عنهم قانونا من ولى أو وصى أو قيم أو وكيل . وفى هذا المعنى تقضى المـادة / ٤٢ بأن « موطن القاصر والمحجوز عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا » . ويتضح من هذا النص أن موطن هؤلاء الأشخاص ليس هو مكان اقامتهم المعتادة ، وانما هو موطن من ينوب عنهم . على أن يلاحظ أن مثل هـذا النص ـ وقد ورد على خلاف الأصل العام فى تحديد الموطن ـ فانه يجب عدم التوسع فى تفسـيره . ومن ثم فانه لا ينطبق الا على من ورد

ذكرهم فيه من الأشخاص دون غيرهم • ومتى كان ذلك فانه — على سبيل المثال لا يلزم أن يكون موطن الزوجة هو موطن زوجها ، اذا لم تكن — على خلاف العادة — تقيم معه فى مكان واحد •

الموطن الخاص :

٢١٠ — الى جانب الموطن العام الذى يتحدد على أساس مع مكان الاقامة المعتادة ، يمكن أن يكون للشخص موطن خاص ، يعتبر مقره القانونى بالنسبة لبعض الأعمال على وجه خاص •

وباستعراض نصوص القانون المصرى يتضح أن هنالك ثلاث حالات للموطن الخاص •

(أ) موطن الأعمال :

وهو المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة • وقد نصت عليه المادة / ٤١ حين قضت بأنه « يعد المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » •

ولعل هذا النص — كما تلاحظ محكمة النقض فى مصر — من أظهر تطبيقات فكرة تعدد الموطن (٦٦) ، ما دام أن مباشرة التجارة أو الحرفة قد لا يقيم بصفة معتادة فى المكان الذى يباشر فيه تجارته أو حرفته ، فيكون له بهذا الشكل موطن عام وموطن خاص بهذه التجارة أو الحرفة•

على أنه يجب أن يلاحظ ، أن هذا الموطن الخاص انما يقتصر — من ناحية — على ما يتعلق بأعمال التجارة أو الحرفة ، أما فيما عدا ذلك من الأعمال فان مخاطبة الشخص قانونا يجب أن تتم فى موطنه العام • كما أنه يقتصر من ناحية أخرى على من يباشر تجارة أو حرفة ومن ثم فان المكان الذى يباشر فيه الموظف العام وظيفته ، لا يعتبر موطنا له •

كما يجب أن يلاحظ من جهة أخرى أن « النص فى المادة ٤١ من

---

(٦٦) نقض ١٩٧٥/٥/٢٩ مجموعة احكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٦ (١٩٧٥) رقم ٢١٥ ص ١١٢٤ .

القانون المدنى على اعتبار محل الحرفة موطنا خاصا للشخص بالنسبة للأعمال المتعلقة بحرفته ، هو مجرد تطبيق لفكرة تعدد الموطن للتيسير على المتعاملين » [٦٧] ومن ثم فان الاجراء القانونى يمكن أن يتم فى الموطن العام لصاحب الحرفة [٦٨] .

(ب) موطن القاصر المأذون :

عرفنا أن القانون يجعل موطن القاصر ـ ولمصلحته ـ هو موطن من ينوب عنه قانونا ، ومن يستطيع ادارة شئونه بدلا منه .

غير انه لما كان القانون يجيز الاذن للقاصر ، اذا بلغ ١٨ سنة ، بمباشرة بعض الأعمال القانونية ، ليعتبر كامل الأهلية بشأنها ، كان من الطبيعى أن تتضمن المادة / ٤٢ ـ التى قررت الأصل العام فى تحديد موطن القاصر ـ استثناء بموجبه « يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشر سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » . فكأن للقاصر الذى بلغ ١٨ سنة موطنان: موطن عام ، يتحدد بشكل الزامى ، وهى موطن من ينوب عنه ، وموطن خاص ، يتحدد بشكل اختيارى وبالنسبة للأعمال التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها دون غيرها ، وهو المكان الذى يقيم فيه القاصر عادة .

(ج) الموطن المختار :

يقصد به المكان الذى يختاره الشخص بنفسه لمباشرة عمل قانونى معين . وهو لا يرتبط فى القانون بمكان معين بالذات [٦٩] ، كما انه لا يتحدد بحكم القانون وانما يترك لمحض ارادة صاحبه (كاختيار الشخص مكتب محاميه موطنا مختارا بالنسبة لاجراءات الدعوى الموكل عنه فيها) .

---

(٦٧) ، (٦٨) حكم النقض سابق الاشارة فى هامش ٦٦ .

(٦٩) ولذلك يجوز اتخاذ الموطن التجارى مثلا موطنا مختارا لتنفيذ عمل قانونى معين . راجع نقض ١٩٧١/١٢/٢١ مجموعة احكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٢ (١٩٧١) رقم ١٨٠ ص ١٠٧١ .

وقد نصت على جواز اتخاذ موطن مختار ، المادة / ٤٣ حين قضت بأنه « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين » [٧٠] . كما انه ضمانا لاستقرار الأمور دون خلاف حول تحديد الموطن المختار ، فقد استوجبت الفقرة / ٢ من نفس النص عدم جواز اثبات وجود الموطن المختار الا بالكتابة . بل ان محكمة النقض فى مصر تستلزم ـ فضلا عن ذلك ـ ضرورة الاخطار الكتابى بتغيير الموطن المختار والا جاز اتخاذ الاجراء القانونى فى هذا الموطن[٧١] .

على أنه يجب أن يلاحظ أن المشرع قد يلزم الشخص أحيانا باتخاذ موطن مختار فى مكان معين . من ذلك ما تقضى به المادة / ٣٠ من قانون الشهر العقارى التى تلزم الدائن المرتهن ومن فى حكمه من أصحاب الحقوق العينية التى تشهر بطريق القيد ، باتخاذ موطن مختار فى دائرة المحكمة التى يقع فى دائرة اختصاصها العقار المحمل بالحق العينى التبعى .

ويبقى فى النهاية أن نشير الى أنه اذا لم يشترط صراحة قصر الموطن المختار على بعض الأعمال التى تتعلق بالعمل القانونى الذى اختير هذا الموطن لتنفيذه ، فان هذا الموطن ـ كما تقضى الفقرة / ٣ من نفس النص ـ يكون من حيث الأصل « هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى » .

---

(٧٠) وهكذا يصح الاعلان فى الموطن المختار (فى صحيفة الاستئناف)، ولا يغير من ذلك وجود موطن عام آخر . وذلك ـ كما لاحظت محكمة النقض ـ تأسيسا على فكرة جواز تعدد الموطن . راجع نقض ١٩٧٤/٢/١٧ مجموعة احكام النقض (المكتب الفنى) السنة٢٥ (١٩٧٤) رقم٥٦ ص٣٤٢ .

(٧١) راجع نقض ١٩٧١/١٢/٢١ سابق الاشارة هامش ٦٩ .

الفرع الرابع

الأهليـــة

La Capacité

التعريف بالأهلية ، ونوعاها :

٢١١ ــ ان لفظ «الأهلية» يعنى فىاللغة ، القدرة أو الصلاحية.فاذا استخدمنا هذا اللفظ فى مجال كسب الحقوق أو التحمل بالالتزامات ، كان المقصود به ما يسمى فى الاصطلاح القانونى بـ « أهلية الوجوب » Capacité de jouissance ومن ثم فان هذه الأخيرة هى صلاحية الانسان لكسب الحقوق أو التحمل بالالتزامات . وقد سبق أن عرفنا الشخصية القانونية بنفس التعريف . وعنـدئذ يترادف التعبيران « أهلية الوجوب ، والشخصية القانونية ، ويكون من ثم لكل شخص من وقت تمام ولادته حيا أهلية وجوب (٧٢) .

أما اذا استخدم هذا اللفظ فى مجال ابرام التصرفات القانونية فانه يقصـد به ما يسمى فى الاصـطلاح القانونى بـ « أهليـة الأداء » .. Capacité d'exercise ومن ثم فان هذه الأخيرة هى صلاحية الشخص للتعبير عن ارادته تعبيرا تترتب عليه آثاره القـانونية . فكأن الأهلية فى الاصطلاح القانونى نوعان : أهلية وجوب ، وأهلية أداء .

التمييز بين الأهلية وما قد يقترب منها :

(أ) أهلية الأداء والولاية على المـال :

٢١٢ ــ قلنـا أن أهلية الأداء هى صلاحية الشخص للتعبير عن

---

(٧٢) راجع ــ مع ذلك ــ عبد المنعم فرج الصـدة الذى يرى أن الشخصية « تعبير عن وصف مجرد لا يقبل النقصان ، فهى تثبت للشخص ولو لم يكن صالحا الا لكسب حق واحد . بينما أن أهلية الوجوب تعبير عن مدى ما يتوفر للشخص من صلاحيـة فى هذا الخصـوص » . المرجع السابق ص ١٦٠ بند ١٢٩ .

ارادته تعبيرا تترتب عليه آثاره القانونية . وهى — بهذا التحديد — تختلف عما يقال له فى الاصطلاح « الولاية على المال » حين يكون للشخص صلاحية للقيام بعمل ينتج اثاره ، ليس فى حقه هو (أى فى ماله) كما تفترض أهلية الأداء ، وانما فى حق (أى فى مال) الغير .

فكل من الولى أو الوصى أو القيم — كما سنرى — يتولى عن القاصر القيام بالأعمال القانونية نيابة عنه ، لأن هذا الأخير يستحيل عليه قانونا القيام بهذه الأعمال ، فيتولاها عنه أى من هؤلاء ، ليقال لمن يتولاها أن له ولاية على مال القاصر ، ولا يقال أنه يقوم بهذه الأعمال لأنه : أهل لها .

صحيح أن نيابة كل من الولى أو الوصى أو القيم قانونا عن القاصر تفترض أن يكون كل من هؤلاء كامل الأهلية (ذا أهلية أداء كاملة) . لكن أهلية أى منهم فى هذا الفرض ، انما تواجه بحسبانها شرطا لصلاحيته للولاية على مال من ينوب عنه ، ما دام أن الأهلية تتحرك هنا للتأثير فى مال الغير محل الولاية ، وليس للتأثير فى مال صاحبها .

(ب) الأهلية وعدم القدرة على التصرف :

٢١٣ — ولما كانت أهلية الأداء هى صلاحية الشخص للقيام بتصرف قانونى ينتج أثره فى حقه كما ذكرنا ، وكانت الصلاحية لأمر من الأمور تقدر — بداهة — فى الشخص نفسه ؛ فان أهلية الأداء ترجع — بالتالى — الى اعتبار فى ذات الشخص ، سنعرف فيما بعد أنه التمييز ، الذى تدور معه أهلية الأداء وجودا وعدما .

وبهذا الشكل تختلف أهلية الأداء عن فروض أخرى لا يكون الشخص فيها قادرا على ابرام تصرف قانونى معين ، لكن مرجع عدم القدرة هنا ليس اعتبارا فى الشخص نفسه ، كما هو الحال فى الأهلية ، وانما لاعتبار يتعلق بالمال الذى يراد التصرف فيه قانونا . فالواقف ، يصبح غير قادر قانونا على التصرف فى المال الموقوف ، رغم أنه فى ذاته

يتمتع بأهلية أداء كاملة ؛ وذلك لأنه بالوقف أصبح المـال الموقوف نفسه غير قابل للتصرف فيه ؛ نظرا لاعتبارات بعيدة كل البعد عن تلك التى تبنى عليها الأهلية .

ان الشخص غير كامل الأهليـة ، حين لا يكون له ــ قانونا ــ أن يقوم بكل التصرفات القانونية ، فما ذلك الا رعاية من المشرع لصالح هذا الشخص نفسه ، وذلك لحمايته من آثار تصرفات قد لا يحسن القيام بها قبل اكتمال أهليته . حين تبنى عدم قابلية المـال الموقوف للتصرف فيه على اعتبارات لا صلة لها بالواقف ، وانما تتعلق بأغراض البر التى رصد من أجلها هذا المـال .

وعلى نفس النسق ، قد يحظر القـانون على بعض الأشخاص ابرام تصرفات قانونية معينة . من ذلك ما تقضى به المـادة ٤٧١ مدنى من أنه : « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيـابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحـاكم ولاللمحضرين ، أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولاباسم مستعار ، الحق المتنازع فيه ، كلـه أو بعضه ، اذا كان النظر فى النزاع يدخل فىاختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، والا كان باطلا » وواضح هنا أن المنع من التصرف المفروض على كل من ذكـرهم النص ، لا يجد أساسـه فى اعتبارات تتعلق بقدرتهم على التمييز ، أى بأهليتهم ، فهم فى ذاتهم أهـل للشراء بالتأكيد . كما لا يهدف المنع الى حمايتهم هم من تصرفات قد تضر بذمتهم المـالية . وانمـا فرضه المشرع لاعتبارات تتعلق بتأكيد نزاهـة القضاء وصيانة سمعة المشتغلين به .

ولا يختلف الأمر حين يكون مصدر المنع من التصرف فى المـال ، شرطا يتضمنه العقد أو الوصية ، حين يقال له فى الاصطلاح « بند المنع من التصرف » . فالمنع هنا لا ينتقص من أهلية الممنوع من التصرف ، وانمـا أريد به تحقيق المصلحة المشروعة التى قصد المـالك (واضع الشرط) من المنع الوصول اليها ، سواء كانت هذه المصلحة تخصه هو ، أو تخص

المتصرف اليـه (أى الممنـوع من التصرف) ، أو الغـير . (م ٨٢٣ ؛ ٨٢٤ مدنى) .

مناط أهليـة الأداء :

٢١٤ — وبدهى أن أهلية الأداء ، وهى تقوم فى قدرة الشخص على ابرام التصرفات القانونية ، انمـا ترتبط بالادراك أو التمييز ، ما دام أن التصرف القانونى لا يعدو أن يكون اتجـاه الارادة نحو احـداث اثر قانونى . لذلك تقتصر أهلية الأداء على التصرفات القانونية . أما الأعمال المـادية ، سواء كانت أفعالا ضارة ، أو أفعالا نافعة ، وسـواء اتجه اليها أو الى ما ينتج عنها من آثار ، من قام بها ، أو لم يتجه ؛ فانها ترتب آثارها بحكم القانون نفسه ، الذى يحدد هذه الآثار بمعزل عن ارادة الشخص ، على ما بيناه فى موضع سابق (٧٣) .

وكون التمييز مناط أهلية الأداء يجعـل كلا منهما يدور مع الآخر وجودا وعدما . فتنعدم أهليـة الأداء حين ينعدم التمييز ، وتنقص بنقصه وتكتمل بكمـاله . ولمـا كان الانسان لا يولد مكتمل المدارك ، وانمـا يتدرج — على العكس — مع الزمن ادراكه وتمييزه ، كان من الطبيعى أن تتدرج أهلية الأداء هى الأخرى بحسن سن الانسان .

تدرج أهلية الأداء بحسب السن :

قسم المشرع حيـاة الانسان فيما يتعلق بأهليـة الأداء ، الى ثلاثة أدوار :

(أ) الدور الأول (الصبى غير المميز) :

٢١٥ — تقضى المـادة ٤٥ — ٢ مدنى بأن « كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز » . ويتضح منهـا أن المشرع لا يرى فى الانسان أنه أصبح مجرد مميز الا اذا وصل هذه السن ، فيكون الشخص قبلها فاقد التمييز وبالتالى فاقد لأهلية الأداء . ويترتب على ذلك ألا يكون لهـذا

---

(٧٣) راجع سابقا بند ١٢٩ .

الصــغير « غير المميز ، حــق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » ، حتى ولو كانت من قبيل التصرفات التى ترتب اغتناءه دون مقابل (كقبوله للهبــة) ، وهى ما تعرف فى الاصطلاح القــانونى بالتصرفات النافعة نفعا محضا . ويكون البطلان فى هذا الفرض بطلانا مطلقا . ولقد سبق أن عرضنا لخصائص هــذا النوع من البطــلان ، وقلنا أنه يجعل التصرف معدوما فى نظر القــانون لا يرتب أى أثر ، ليكون من حق كل ذى شأن أن يتمسك بهذا البطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يمكن أن ترد عليه الاجازة (٧٤) .

(ب) الدور الثانى (الصبى المميز) :

٢١٦ ــ يظل المميز غير مكتمل المدارك فى نظر المشرع الى أن يصل الى سن الحــادية والعشرين ، وهى ما تعرف اصطلاحا بسن الرشــد . فيكون الصبى المميز فيما بين السابعة وهذه السن ناقص الادراك وبالتالى ناقص أهلية الأداء . وفى هذا المعنى تقضى المــادة ٤٦ مدنى بأن « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد يكون ناقص الأهلية وفقا لمــا يقرره القــانون » .

٢١٧ ــ وتتحدد أهلية الصبى فى هذه السن وفقا لنوع التصرفات التى يجريها : فان كانت نافعة نفعا محضا ، على التحديد السابق ذكره ، كانت له أهلية مباشرتها ، ووقعت بالتالى صحيحة . أما اذا كانت ــ على العكس ــ ضارة ضررا محضا ، لمــا تؤدى اليه من افقار ذمته دون مقابل (كالتبرع) فانه يكون عــديم الأهلية بشأنها ، ومن ثم تقع باطلة بطلانا مطلقا . وأما اذا كانت دائرة بين النفع والضرر ، لأنهــا بطبيعتها من التصرفات التى تحتمل الربح والخسارة (كالبيع) ، فانه يكون مجرد ناقص الأهلية بشأنها . فان باشرها وقعت قابلة للابطال لمصلحته ، بحيث ترتب جميع آثارها القانونية الى أن يقضى بابطالها فتزول هذه الآثار بأثر رجعى ،

---

(٧٤) راجع سابقا بند ١٥٠ .

اللهم الا اذا أجاز هــذه التصرفات بعد بلوغه سن الرشد ، أو أجازها ــ قبل ذلك ــ من له الحق فى اجازتها عنه (كالمحكمة أو الوصى) .

٢١٨ ــ ونتبــه الى أن العبرة فى التصرفات الدائرة بين النفــع والضرر هى بطبيعة هذه التصرفات فى ذاتها ، وليس بما يتمخض عنها من كسب أو خسارة فى كل فرض على حدة . فالبيع ــ على سبيل المثال ــ من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ؛ لأنه بطبيعته مما يحتمل الربح والخسارة . وهو يظل كذلك فى كل الفروض ، فلا ينقلب ــ مثلا ــ الى تصرف ضار ضرر محض بالمشترى اذا كان هذا الأخير قد دفع ثمنا باهظا فى الشىء المبيع . كما يظل ــ فى هــذا المثال ــ دائرا بين النفع والضرر بالنسبة للبائع أيضا ، ولا يتحول الى تصرف نافع نفع محض بالنسبة له لمجرد أنه تلقى مقــابلا يزيد كثيرا عن قيمة الشىء الذى باعه . وكذلك الحال فى الفرض العكسى .

كذلك يجــدر التنويه بأن القاصر يستطيع (بعد اكتمال أهليته) أن يطلب الابطال حتى ولو كان قد لجأ الى طرق احتيالية لاخفاء نقص أهليته على المتعاقد معه . وان كان هذا لا يخل بالزامه بتعويض هــذا الأخير عمــا يكون قــد أصابه من ضرر من جراء هذا السلوك (م ١١٩ مدنى) [٧٥] . كما يكون له الحق فى طلب الابطال ولو لم يكن العقــد الذى أجراه حال قصره ينطوى على غبن فى حقه .

٢١٩ ــ فاذا حكم بابطال العقد الذى أجراه ناقص الأهلية ، فانه لا يلتزم « أن يرد غير ما عاد عليــه من منفعــة بسبب تنفيذ العقــد » (م ١٤٢ــ٢) ، وبقدر هــذه المنفعة فقط . حين يجب على المتعاقد معه ــ على العكس ــ أن يرد له كل ما تلقاه منه [٧٦] .

٢٢٠ ــ على أنه استثناء مما تقدم :

---

(٧٥) راجع نقض ١٩٧٠/٣/٣ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢١ (١٩٧٠) رقم ٦٤ ص ٣٩٦ .

(٧٦) وما هذه الاحكام الخاصة الا لدفع الاشخاص الى التحوط عند التعامل مع صغار السن ، ووجوب التأكد من اكتمال أهليتهم .

١ — تكون للصبى المميز « أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته » . وتفريعا على ذلك ، يصح « التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » . فيستطيع التلميذ فى هذه السن — على سبيل المثال — أن يشترى مما يتسلم من نقود لأغراض نفقته ، ما يلزمه من الأدوات المدرسية . ويستند هذا الحكم الاستثنائى الى الاعتبارات العملية نفسها ، حيث من « الشائع أن يعطى لكل قاصر مبلغ من المال لينفقه فى حاجاته الخاصة ، فيتعامل معه الناس وهم مطمئنون الى أن التصرف لن يكون قابلا للابطال . ولذلك رأى المشرع أن يقرر هذا الحكم لكى يساير الشائع فى العمل فعلا ، رغبة منه فى استقرار المعاملات » (٧٧) .

٢ — للصبى المميز « أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون » ، وذلك باعتباره عاملا . على أنه « رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة » يكون للمحكمة ، بناء على طلب ذوى الشأن ، كولى القاصر ، أن تنتهى عقد العمل .

فاذا كان القاصر قد بلغ السادسة عشرة ، أصبح بالاضافة الى ذلك « أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره » ، بحيث « لايجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر ، حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » . ومع ذلك يجوز للمحكمة « اذا اقتضت مصلحة القاصر » أن تقيد حقه فى التصرف فيما يكسبه من عمله من مال . كما لو كان القاصر يكسب مبالغ ضخمة من الاشتغال بالتمثيل السينمائى ، بما يخشى معه اسرافه فى الانفاق .

٣ — يجوز الاذن للصبى ، متى بلغ الثامنة عشرة ، « فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها » ليكون « كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى فيه » . على أن أهليته — حتى فى هذه الحدود — محاطة

---

(٧٧) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ .

فى الواقــع بالعــديد من القيود ، التى من أبرزها ، أنه لا يجــوز له « أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة لا تزيد على سنة » ، كمـا لا يجوز له أن يمارس التجارة الا باذن من المحكمة . وفى حدود هــذا الاذن . وفى كل الأحوال يتعين على القاصر أن يقدم حسابا سنويا عن ادارته . كما يظل القاصر المــأذون خاضعا لرقابة من اذنه من ولى أو من محكمة ليكون لمن أصدر الاذن أن يسحبه أو يحد منه اذا « أساء التصرف فى ادارته » ، أو « قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده » .

٤ ــ كذلك قد تأذن المحكمة للقاصر ، ذكرا أو أنثى ، بالزواج ، فيكون فى هذا الاذن ، اذنا كذلك لكل منهما «فى التصرف فى المهر والنفقة، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الاذن أو فى قرار لاحق » .

وهذه الأحكام الاستثنائية جميعها قد ورد النص عليها فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المــال (٧٨) .

٥ ــ ويبقى أن قانون الوصية (رقــم ٧١ لســنة ١٩٤٦) ، يجيز فى مادته الخامسة ، للقــاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ، أن يوصى فى أمواله ، اذا أذنت له المحكمة فى ذلك . وأساس هذا الحكم أن الوصية ، رغم كونها فى ذاتها من التصرفات الضارة ضررا محضا بالموصى ، لن تلحق ضررا بمال القاصر ، لأنها لن تنفذ الا بعد وفاته . فضلا عن أنها لن تتم الا باذن المحكمة ، التى لن تمنح هذا الاذن الا بعد مراعاة مصلحة القاصر .

(جـ) الدور الثالث (البالغ الرشيد) :

٢٢١ ــ فاذا بلغ الانسان سن الرشد ، وهى احدى وعشرين سنة ميلادية وفقا لأحكام القانون المصرى ، أصبح ــ بقوة القانون ، أى دون ما حاجة الى صدور قرار بذلك ــ « كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية » (م ٤٤ مدنى) ، بحيث تقع جميع تصرفاته صحيحة حتى ولو كانت من

---

(٧٨) راجع بصــفة خاصة المواد ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ١١٢ من هذا المرسوم .

التصرفات الضارة به ضررا محضا . شريطة أن يكون قد بلغ هذه السن متمتعا بقواه العقلية ، والا ظل رغم بلوغها عديم الأهلية أو ناقصها ، اذا كان قد بلغها مصابا بعارض يفقده التمييز أو ينقصه .

عوارض الأهليـة

التعريف بها ، ونوعاها :

٢٢٢ ـ عوارض الأهلية هى أمور قد تطرأ على الانسان ـ بعد بلوغه سن الرشـد ـ فتصيب عقله ، لتعدمه التمييز ، كالجنون والعته ، أو تفسد لديه التدبير ، فتنقص من تمييزه ، كالسفه والغفلة . فهى اذن نوعان : نوع يعدم الأهلية (الجنون والعته) وآخـر ينقصها (السفه والغفلة) .

ولمـا كان كل من المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه ، غير مكتمل الأهلية على الأقل (ان لم يكن لا أهلية له فى حالتى الجنون والعته) ، كان من الطبيعى أن تحجر عليهم المحكمة ، وأن يعين لهم نائب قانونى لادارة شئونهم .

٢٢٣ ـ وتلتزم المحكمـة ـ عند الفصـل فى طلب الحجر ـ بالتحقق من قيام الحالة الموجبة له فى ذات المحجور عليه . ولها فى هـذا الشأن أن تستدل على قيام تلك الحالة بالتصرفات الصادرة منه (٧٩) .

حكم تصرفات من أصابه العارض :

(أ) فى حالتى الجنون والعته (فقدان الأهلية) :

٢٢٤ ـ ويقصد بالجنون ذلك المرض الذى يصيب العقل فيؤدى

---

(٧٩) لكنها ـ فى هذه الحالة ـ لا تكون قد فصلت فى أمر صحة هذه التصرفات أو بطلانها ، « لأن ذلك لم يكن مطروحا عليها ولا اختصاص لهـا به . وانما تكون قد اتخذت من تلك التصرفات دليلا على قيام موجب الحجر بالمحجور عليه ، وهو ما لا يجوز حجية فى دعوى بطلان التصرف » . نقض ١٩٧١/١/٢١ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٢ (١٩٧١) رقم ١٩ ص ١٠٨ .

الى اختلاله • ومن ثم يعدم صاحبه التمييز • أما العته فهو ذلك الخلل الذى يعترى العقل دون أن يبلغ درجة الجنون ، فيجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام • وتقدير حالة العته هو — بداهة — مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى • ومن ثم فلا معقب من محكمة النقض على القاضى فى ذلك متى كان استخلاصه سائغا (٨٠) • كما أنه لا تثريب — عندئذ — على محكمة الموضوع ان هى استعانت فى شأن التدليل على قيام حالة العته وقت صدور التصرف ، بأقوال الشهود (٨١) • كذلك لا يتعارض القضاء بصحة التصرفات السابقة على الحكم الصادر بتوقيع الحجر للعته ، مع حجية الحكم الأخير ، طالما أنه لم يقطع بقيام حالة العته وقت صدور التصرف (٨٢) •

٢٢٥ — هذا وكلا العارضين (الجنون — والعته) ، يفقد الأهلية فى القانون المصرى ، فلا يكون من ثم كلا من المجنون أو المعتوه « أهلا لمباشرة حقوقه المدنية » م ٤٥—١ • لذلك رفضت محكمة النقض —بحق— تفرقة محكمة الموضوع بين الجنون والعته ، وأخذ الأول فى الاعتبار فقط دون الثانى • وجاء فى حكمها الصادر فى ١ ابريل ١٩٧٥ أن « المراد بالجنون — على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون الوصية — ما يشمل العته ••• ولما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر أن العته لا يبطل الوصية وانما الذى يبطلها هو الجنون المطبق الذى يتصل بالموت ؛ فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » (٨٣) •

---

(٨٠) ، (٨١) راجع نقض ١٩٧١/١/١٩ ، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٢ (١٩٧١) رقم ٤١ ص ٧١ •

(٨٢) راجع نقض ١٩٧١/٤/٢٢ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٢ (١٩٧١) رقم ٤٨ ص ٥٤٠ •

(٨٣) مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٦ (١٩٧٥) رقم ١٤٠ ص ٧١٣ • أما زواج المعتوه ، فترى فيه محكمة النقض — اخذا بالراجح من فقه المذهب الحنفى موقوفا على اجازة الولى ، فان اجازه نفذ والا بطل • راجع نقض ١٩٧٣/٢/١٤ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٤ (١٩٧٣) رقم ٤٤ ص ٢٥١ •

٢٢٦ ـ هذا ولما كان من شأن الجنون أو العته أن يفقد أهلية المصاب بأيهما ، فقد كان ينبغي ـ تبعا لذلك ـ أن تقع تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة بطلانا مطلقا .

غير أن رعاية مصلحة الغير حسن النية الذى قد يتعامل مع المجنون أو المعتوه ، وهو على غير بينة من أمره ، انما تقتضى فى الواقع قصر هذا البطلان على الحالات التى يكون فيها الغير عالما أو على الأقل فى قدرته أن يعلم بذلك الجنون أو العته . وقد أخذ المشرع بهذا الحل فقصر البطلان على التصرفات التى تصدر من المجنون أو المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر أو على الأقل بعد تسجيل الطلب المقدم بشأنه ، لأن الغير فى هذه الحالة ، يكون بمقدوره على الأقل أن يعلم بحالة المتعامل معه . وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن لتسجيل طلب الحجر ما لتسجيل قرار الحجر من آثار . ومن ثم تكون تصرفات المحجور عليه للسفه بعد تسجيل طلب الحجر قابلة للابطال دون حاجة لاثبات أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (٨٤) . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فانها لا تبطل ، اللهم « الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » م ١١٤ . وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن عدم صدور قرار بتوقيع الحجر ، لايعنى بذاته أن تصرفات المجنون أو المعتوه صحيحة . ومن ثم فان « ثبوت علم المتصرف اليه بحالة الجنون أو العته لحظة ابرام التصرف ، كاف لابطاله ، ولو كان صادرا قبل توقيع الحجر وتسجيل قراره » (٨٥) . كما قضت بأن ابطال تصرف المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر شرطه شيوع حالة العته وقت التعاقد ، أو علم المتصرف اليه بها ، ولا يشترط ـ بعد ذلك ـ أن

---

(٨٤) راجع نقض ١٩٧١/٤/٢٠ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى : السنة ٢٢ (١٩٧١) رقم ٧٨ ص ٥٠٦ .

(٨٥) نقض ١٩٧١/١/١٩ ، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) ، السنة ٢٢ (١٩٧١) رقم ١٤ ص ٧١ .

يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ (٨٦) . وكذلك قضت بأن تقديم تاريخ العقد لاخفاء صدوره أثناء عته المتصرف ، تحايل على القانون ، يمكن لأى من المتعاقدين أو ورثتهما اثباته بجميع الطرق ، بما فيها البينة والقرائن (٨٧) .

(ب) فى حالتي السفه والغفلة (نقصان الأهلية) :

٢٢٧ ـ أما السفه والغفلة فهى عوارض لا تلحق العقل ، وانما تلحق التدبير . فالسفيه هو من يبذر ماله ويتلفه فيما لا يعده العقلاء غرضا صحيحا . وذو الغفلة هو من يسهل وقوعه فى الغبن لسلامة قلبه وضعف ادراكه . على أن يلاحظ أن « التصرفات الصادرة عن مجرد اهمال أو سهو فى التعامل ، مما يقع فيه الرجل العادى ، لا تعد من مظاهر الاضطراب ، أو دليل على الانقياد وعدم الادراك » (٨٨) .

والسفه والغفلة ، وهما لا يصلان الى حد اعدام التمييز ، وانما يؤديان فقط الى انقاصه ، لا يترتب عليهما سوى نقصان الأهلية . فيكون الشخص فى حكم الصبى المميز . شريطة أن يكون قد صدر قرار بالحجر على السفيه أو ذا الغفلة ، لأن هذه العوارض لا تربت أثرها لذاتها . كما أن الحجر لا يكون حجة على الغير الا بتسجيل القرار الصادر به أو على الأقل الطلب المقدم بشأنه .

فاذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى عليه « مايسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام » م ١١٥ . فتكون باطلة بطلانا مطلقا ان كانت من التصرفات الضارة ضررا محضا ، وتكون صحيحة قابلة للابطال لمصلحته اذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

---

(٨٦) نقض ١٩٧٠/١/١٣ ، مجموعة احكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢١ (١٩٧٠) رقم ١٣ ص ٧٠ .
(٨٧) نقض ١٩٧١/٦/٢٢ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٢ (١٩٧١) رقم ١٢٩ ص ٧٩٢ .
(٨٨) نقض ١٩٧٢/١٠/٢٥ مجموعة احكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٣ (١٩٧٢) رقم ١٩١ ص ١٢١٦ .

أما اذا كانت قـد صدرت قبل تسجيل قرار الحجر ، فانها تقع فى الأصل صحيحة ، الا اذا كانت قد وقعت نتيجة استغلال أو تواطؤ •

٢٢٨ ـ ويكفى ـ فى هذا الشأن ـ أى من الاستغلال أو التواطؤ ؛ فاجتماعهما أمر غير لازم •

هذا ويقصد بالاستغلال ـ على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ـ « أن يعلم الغير بسـفه شخص فيستغل هـذه الحالة ، ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة • فلا يكفى لابطال التصرف أن يعلم المتصرف اليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه ، بل يجب أن يثبت ـ الى جانب هذا العلم ـ قيام الاستغلال أو التواطؤ • كما أنه لا يكفى لتحقق الاستغلال أن يكون المتصرف اليه قد أبرم مع المتصرف العقد بقصـد الاستغلال ؛ اذ أنه بفرض توافر هـذا القصد لدى المتصرف اليه فانه لا يكفى بذاته لابطال العقد ، بل يجب لذلك أن يثبت أنه استغل المتصرف فعلا ، وحصل من وراء هذا العقد على فوائد أو ميزات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون •

أما التواطؤ فانه يكون عندما يتوقع السفيه الحجر عليه ، فيعمد الى التصرف فى أمواله الى من يتواطأ معه على ذلك ، بقصـد تفويت آثار الحجر المرتقب » (٨٩) •

موانع الأهليـة

تختلف موانع الأهلية عن عوارض الأهلية فى أنهـا عوائق تعترض الشخص كامل الأهلية ، فتمنعه من مباشرة التصرفات القـانونية أو من الاستقلال بمباشرتها • ويمكن حصر هذه الموانع فيما يلى :

---

(٨٩) نقض ١٩٧١/٤/٢٠ مجمـوعة أحـكام النقض (المكتب الفنى) السـنة ٢٢ (١٩٧١) رقـم ٧٨ ص ٥٠٦ ؛ وفى نفس المعـنى حـكم ١٩٧٠/٥/٢٨ نفس المجموعة السنة ٢١ (١٩٧٠) رقم ١٤٧ ص ٩٢٠ •

١ — الغيبة :

٢٢٩ — فالغائب رغم اكتمال أهليته ، لا يمكنه — نظرا لغيابه — أن يدير شئونه بنفسه . ولذلك فما لم يكن قد ترك بنفسه وكيلا (حيث تحكم المحكمة عندئذ بتثبيت هذا الوكيل متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى) فان المحكمة تقيم وكيلا عنه « متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه ، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه » . وقد سبق أن بينا فى مواضع سابقة متى يعتبر الشخص غائبا فنحيل الى هذه المواضع (٩٠) .

٢ — الحكم بعقوبة جناية :

٢٣٠ — اذا حكم على الشخص كامل الأهلية بعقوبة جناية ، عوقب تبعيا وفقا للمادة ٢٥ عقوبات ، بحرمانه من « ادارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله » حين يعهد بادارة أمواله الى قيم . انما ليس لهذا القيم أن يتصرف فى مال المحكوم عليه ، بل يبقى لهذا الأخير سلطة التصرف فيه بعد اذن المحكمة المدنية التى يقع فى دائرتها محل اقامته .

٣ — العاهة المزدوجة والعجز الجسمانى الشديد :

٢٣١ — اذا كان الشخص — رغم اكتمال أهليته — مصابا بعاهتين على الأقل من ثلاث : وهى الصمم والبكم والعمى ، بحيث يكون « أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم » ، أو كان مصابا بعجز جسمانى شديد (كشلل نصفى مثلا) ، وتعذر عليه بسبب عاهته ، أو عجزه ، أن يعبر عن ارادته تعبيرا سليما وأن يحيط بظروف التعاقد وعناصره ، بما يخشى على مصالحه من انفراده بابرام التصرفات القانونية ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا « يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك » .

على أن المساعد القضائى — على العكس من الولى أو الوصى

---

(٩٠) راجع سابقا بند ١٧٢ .

أو القيم ليس بمثابة نائب قضـائى ينفرد بالتصرف قائما فيه مقام الأصيل ، وانما هو معاون يشترك معه فيه . فاذا انفرد المساعد القضائى ــ على العكس ــ بمباشرة التصرف لم يكن نافذا فى حق الشخص محل المساعدة. وكذلك يكون « قابلا للابطـال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد ، اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر». أما اذا وقع التصرف قبل هذا التسجيل ، فلا يكون قابلا للابطال الا اذا كان المتعاقد مع من تقررت مساعدته ، سىء النية . م ١١٧ .

على أن للمحكمة مع ذلك ، أن تأذن للمحكوم بمساعدته ، بالانفراد بالتصرف ، اذا كان امتناع المساعد فى غير محله ، كما أن لهـا أن تأذن للمساعد بالانفراد بالتصرف ، اذا كان امتناع المحـكوم بمساعدته عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر .

فى رعاية مال القاصر (٩١)

نظمت رعاية أموال القـاصر ، سواء تمت هـذه الرعاية عن طريق الولاية أو الوصاية ، أحكام المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، كما نظمت أحكام نفس المرسوم ، القوامة على من أصابهم عارض من عوارض الأهلية ، وذلك على التفصيل التالى :

أولا : الولاية على مال القاصر

ثبـوتها :

٢٣٢ ــ تثبت الولاية على مال القاصر « للأب ثم للجد الصحيح اذا لم يكن الأب قـد اختار وصيا للولاية على مال القاصر » (م ١ من المرسوم) . وعلى من تثبت له الولاية « القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى

(٩١) راجع فى أحكام الأهلية ، والوصاية ، والقوامة ، فى القـانون الفرنسى : شيفاليه ص ٤٨ ــ ٦١ ؛ كاربونييه ، الكتاب ٢ ص ٣٥٥ــ٥٠٤ البنود ١٢٢ ــ ١٦٣ ؛ بيفـلان ــ لانور ص ١٣٢ ــ ١٨٦ ؛ مارتى ورينـــو (الأشخاص) ص ٦٢٧ ــ ٧٦٩ البنود ٥٠٣ ــ ٧١٤ مكرر .

عنها الا باذن المحكمة » • (م ١) فاذا تغيرت الظروف التى دعت الولى الى التنحى ، كان له أن يطلب من المحكمة رد الولاية اليه • وبديهى أن الظروف المبررة لرد الولاية الى الولى بعد الاذن له بالتنحى ، هو مما يستقل به قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة (٩٢) •

شروط الولى :

٢٣٣ — هذا و « لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية ، الا اذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » (م ٢) ، وهو أمر منطقى ما دام أن الولى سوف يقوم — بالفرض — على رعاية أموال القاصر •

نطاق الولاية :

٢٣٤ — هـــذا وتشمل الولاية جميع أموال القاصر ، من حيث الأصل • انما « لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقــاصر من مال بطريق التبرع اذا اشترط المتبرع ذلك » • (م ٣) •

سلطة الولى :

٢٣٥ — هذا ويقوم الولى — فى الأصل — « على رعاية أموال القاصر » ، حين يكون له « ادارتها وولاية التصرف فيها » ، على أن يراعى « الأحكام المقررة فى هذا القانون » (م ٤) • كما أن له « أن ينفق على نفسه من مال الصغير اذا كانت نفقته واجبة عليه • وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته » • (م ١٧) •

غير أنه لا يجوز للولى :

١ — « التبرع بمال القــاصر ، الا لأداء واجب انسانى أو عائلى أو باذن المحكمة » (م ٥) •

---

(٩٢) راجع نقض ١٩٧٤/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٥ (١٩٧٤) رقم ٣٩ ص ٢٢٩ •

٢ — أن يتصرف فى عقــار القــاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة ، الا باذن المحكمة » • (م ٦) •

٣ — « أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه » م ٦) •

٤ — « اقراض مال الصــغير ولا اقتراضــه الا باذن المحكمة » (م ٩) •

٥ — « تأجير عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة » (م ١٠) ، الا باذن المحكمة •

٦ — « أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر الا باذن من المحكمة وفى حدود هذا الاذن » (م ١١) •

٧ — « أن يقبل هبــة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة ، الا باذن المحكمة » (م ١٢) •

٨ — و « اذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه فى المــال الموروث فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه الا باذن المحكمة ، وتحت اشرافها » (م ٨) •

٢٣٦ — فاذا كان الولى أبا كان له — فضلا عما تقدم — أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، الا اذا نص القانون على غير ذلك » (م ١٤) • لكنه ، « لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المــالية ، اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه ، الا باذن المحكمة » ، وان كان « لا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن الا اذا كان التصرف من شــأنه جعل أموال القاصر فى خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » (م ٧) •

٢٣٧ — وبديهى أن ما لا يدخل فى حــدود سلطة الأب كولى ، لا يدخل فى حدود سلطة الجد من باب أولى • حين أنه — فضلا عن ذلك — « لا يجوز للجد بغير اذن المحكمة ، التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ، ولا التنازل عن التأمينات أو اضعافها » (م ١٥) •

واجبات الولى :

٢٣٨ ــ هذا و « على الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال ، أو ما يؤول اليه . وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال الى الصغير » م / ١٦ كما أن عليه أو ورثته « رد أموال القاصر اليه عند بلوغه » (م / ٢٥) .

مسئولية الولى :

٢٣٩ ــ هذا و « لا يسأل الأب الا عن خطئه الجسيم ، أما الجد فيسأل مسئولية الوصى » (م/٢٤) . كذلك يسأل الولى أو ورثته عن قيمة ما تصرفوا فيه من أموال القاصر بعد بلوغه ، بالمخالفة للالتزام بالرد المنصوص عليه بالمادة/٢٥ سابقة الاشارة . وتحسب القيمة باعتبارها وقت التصرف . م/٢٥ .

أما بخصوص التصرف فى ريع مال القاصر ، فلا يحاسب الأب على ما تصرف فيه منه . « ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين ، كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة » (م/٢٥) . أما الجد فتسرى عليه « الأحكام المقررة فى هذا القانون فى شأن الحساب » . (م/٢٦) .

انتهاء الولاية ، ووقفها :

٢٤٠ ــ وتنتهى الولاية ــ بداهة ــ « ببلوغ القاصر احدى وعشرين سنة ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذا السن باستمرار الولاية عليه » فـ « اذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود الا اذا قام به سبب من أسباب الحجر » (م/١٩) .

٢٤١ ــ غير أن الولاية قد تنتهى قبل ذلك بسلبها ، وذلك « اذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى ، أو لأى سبب آخر » ، حين يكون للمحكمة ــ عندئذ ــ أن تسلب الولاية

أو تحد منها . (م / ٢٠) . وقد أجازت الفقرة / ٢ من المادة / ١٦ للمحكمة، أن تعتبر اخلال الولى بالتزامه بتقديم القائمة ، المشار اليه فى الفقرة/١ منها ، سواء بعدم تقديمها أو التأخير فيه ، تعريضا لمال القاصر للخطر ، يمكن أن يؤدى الى سلب الولاية أو الحد منها .

٢٤٢ ـ وللمحكمة أن تقضى بوقف الولاية « اذا اعتبر الولى غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة » (م/٢١) .

هذا و « يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها ، سقوطها أو وقفها بالنسبة الى المال » (م/٢٢) . كما أنه « اذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت ، فلا تعود الا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت الى سلبها أو الحد منها أو وقفها . ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه الا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض (م/٢٣) .

ثانيا : الوصاية على مال الصغير

تعيين الأوصياء :

٢٤٣ ـ للأب (وكذلك للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة/٣ من هذا المرسوم) أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر ، أو للحمل المستكن ، بشرط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب (أو المتبرع) فيها ، أو مكتوبة بخطه وموقعه بامضائه . وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها . ويجوز ـ بداهة للأب (والمتبرع بطريق الوصية) أن يعدل عن اختياره فى أى وقت (م/٢٨) .

٢٤٤ ـ فـ « اذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار، تعين المحكمة وصيا . ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره » (م/٢٩) .

هذا ويجوز ــ عند الضرورة « تعيين آكثر من وصى واحد » حين لا يجوز عندئذ لأحدهم « الانفراد الا اذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق» • « وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر الى المحكمة لتأمر بما يتبع » (م/٣٠) •

٢٤٥ ــ و « تقيم المحكمة وصيا خاصا ، تحدد مهمته ، وذلك فى الأحوال الآتية :

(ا) اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول ولايته •

(ب) اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أوزوجه أوأحد أصوله أو فروعه •

(جـ« ابرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو ابطاله أو الغاؤه ، بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فى البند/ب •

(د) اذا آل الى القاصر مال بطريق التبرع ، وشرط المتبرع ألا يتولى الولى ادارة المال •

(هـ) اذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال •

(و) اذا كان الولى غيرأهل لمباشرة حق من حقوق الولاية (م/٣١)•

٢٤٦ ــ فاذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر ، أو اذا وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته ، فان المحكمة تقيم وصيا مؤقتا على مال القاصر (م/٣٢) (٩٢) •

وفى كل الأحوال فانه « تسرى على الوصى الخاص ، والوصى المؤقت (٩٣) •••• أحكام الوصايا الواردة فى هذا القانون مع مراعاة

---

(٩٢) كما يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال (م ٣٣) •

(٩٣) وكذلك وصى الخصومة (م ٣٤) •

ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهما (م/٣٤) . كما أن مهمة كل منهما تنتهى بداهة - « بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو المدة التى اقتضت بها تعيينه » (م/٣٥) .

٢٤٧ - ويجب - فى كل الأحوال - « أن يكون الوصى من طائفة القاصر، فان لم يكن فمن أهل مذهبه ، والا فمن أهل دينه » (م/٢٧-٧) كما اشترط من ناحية أخرى - فى الوصى « أن يكون عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة [٩٤] . وبوجه خاص لا يجوز أن يعين وصيا :

١ - المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة [٩٥] .

٢ - من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته .

٣ - من كان مشهورا بسوء السيرة ، أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش .

٤ - المحكوم بافلاسه ، الى أن يحكم برد اعتباره .

٥ - من سبق أن سلبت ولايته ، أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

٦ - من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين ، متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك [٩٦] .

---

(٩٤) وقد طبقت محكمة النقض هذه الشروط على القيم ، لتوافر نفس المبررات . راجع نقض ١٩٧٢/٣/٢٢ مجموعة احكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٢٣ (١٩٧٢) رقم ٧٣ ع ١ ص ٤٦٢ .

(٩٥) ومع ذلك فانه يجوز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط اذا كانت قد انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات (م ٢٧ - ١) .

(٩٦) ويثبت الحرمان بورقة رسمية او عرفية مصدق على امضاء الأب فيها ، او مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه . (م ٢٧ - ٦) .

٧ – من كان بينه ، هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه ، وبين القاصر نزاع قضائى ، أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة اذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر (م/٢٧) .

واجبات الوصى :

٢٤٨ – ويقوم الوصى على رعاية أموال القاصر التى يتسلمها . « وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور ... » (م/٣٦) وتكون وصايته – فى الأصل – بغير أجر ، « الا اذا رأت المحكمة – بناء على طلب الوصى – أن تعين له أجرا أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين » (م/٤٦).كما أن عليه « أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن ادارته ، قبل أول يناير عن كل سنة » (م/٤٥) .

٢٤٩ – « ويجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخر ، ما يرفع على القاصر من دعاوى ، وما يتخذ قبله من اجراءات التنفيذ ، وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة » (م/٤٢) . كما أن عليه « أن يودع – باسم القاصر – احدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف .... كل ما يحصله من نقود [97] ... وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه . ولا يجوز أن يسحب شيئا من المال المودع الا باذن من المحكمة » (م/٤٣) [98] .

حدود سلطة الوصى :

٢٥٠ – وفى اطار واجبات الوصى فى رعاية أموال القاصر ، فان سلطته محدودة . فلا يجوز له – مثلا – أن يتبرع بمال القاصر ، « الا لأداء واجب انسانى أو عائلى وباذن من المحكمة » (م/٣٨) .

---

(٩٧) بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة اجماليا لحساب مصروفات الادارة (م ٤٣) .

(٩٨) وراجع كذلك فى خصوص ايداع الأوراق المالية والمجوهرات والمصوغات م ٤٤ .

كما أن هناك من التصرفات ، ما لا يجوز للوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة ، وأهمها :

١ — التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية ، أو نقله ، أو تغييره ، أو زواله . وكذلك التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

٢ — التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية، فيما عدا ما يدخل فى أعمال الادارة .

٣ — الصلح والتحكيم ، الا فيما قل عن مائة جنيه ، مما يتصل بأعمال الادارة .

٤ — حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة .

٥ — ايجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ، ولمدة أكثر من سنة فى المبانى .

٦ — ايجار عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

٧ — قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

٨ — الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم ، الا اذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ .

٩ — رفع الدعاوى الا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

١٠ — ايجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما الى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائبا عنه .

١١ — ما يصرف فى تزويج القاصر .

١٢ — تعليم القاصر اذا احتاج للنفقة ، والانفاق اللازم لمباشرة

القاصر مهنة معينة . (م/٣٩) (٩٩) .

انتهـاء الوصاية :

٢٥١ ــ هذا و « تنتهى مهمة الوصى :

١ ــ ببلوغ القـاصر احدى وعشرين سنة ، الا اذا تقرر استمرار الوصاية عليه .

٢ ــ بعودة الولاية للولى .

٣ ــ بعزله أو قبول استقالته .

٤ ــ بفقد أهليته أو ثبوت غيبته ، أو موته أو موت القاصر » . (م/٤٨) .

٢٥٢ ــ وللمحكمة أن تأمر بوقف الوصى ، اذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزله ، أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته . (م/٤٨) .

٢٥٣ ــ فاذا أساء الوصى الادارة ، أو أهمل فيها ، أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر ، أو قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصـــاية وفقا للمادة / ٢٧ سـابقة الاشارة ، حكمت المحكمة بعزله (م/٤٩) (١٠٠) .

ثالثا : القوامة على المحجور عليهم :

٢٥٤ ــ عرفنا أن الشخص قد يبلغ سن الرشد ، لكنه يصـــاب بعارض من عوارض الأهلية ، وهى الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة .

---

(٩٩) راجع حالات أخرى ورد النص عليها فى المـادة ٣٩ من المرسـوم المذكور .

(١٠٠) وعلى الوصى « خلال الثلاثين يوما التالية لانتهـاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر الى القاصر متى بلغ سن الرشد أو الى ورثتـــه ، أو الى الولى أو الوصى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال . وعليه ان يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صـــورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال . (م ٥٠) .

وعندئذ فانه يحكم عليه بالحجر « ولا يرفع الحجر الا بحكم . وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لادارة أمواله ، وفقا للأحكام المقررة » فى المرسوم بقانون سابق الاشارة . (م/٦٥) .

وتكون القوامة ، بموجب هذا المرسوم « للابن البالغ ، ثم للأب ، ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة » (م/٦٨) ، حين يكون لقاضى الموضوع — بداهة — فى الفرض الأخير ، سلطته التقديرية فى هذا الاختيار (١٠١) .

وبوجه عام يشترط أن يتوافر فى القيم ما يشترط فى الوصى ، وفقا للمادة / ٢٧ من هذا المرسوم (م/٦٩) . لذلك قضيت محكمة النقض بوجوب أن يكون القيم عدلا ، كفؤا ، ذا أهلية كاملة (١٠٢) و (١٠٣) .

الفرع الخامس

الذمة

Le Patrimoine

تعريفها ، وعناصرها ، وخصائصها :

٢٥٥ — يمكن تعريف الذمة المالية بأنها : ذلك الجانب المالى من الشخصية القانونية ، الذى يستقبل ما قد ينشأ للشخص من حقوق ، وما يمكن أن يترتب عليه من التزامات مالية ، من وقت ولادته الى حين وفاته (١٠٤) .

---

(١٠١) ، (١٠٢) راجع نقض ١٩٧٢/٣/٢٢ سابق الاشارة .

(١٠٣) وراجع فى أحكام المساعدة القضائية فى خصوص المصاب بالعاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد ، المواد من ٧٠ — ٧٣ من المرسوم بقانون سابق الاشارة ، وفى أحكام الغيبة : المواد من ٧٤ — ٧٦ من نفس المرسوم .

(١٠٤) وفى نفس المعنى تقريبا ، يعرف كاربونييه الذمة بأنها :

L'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire, un tout, une unité juridique.

كاربونييه ، الكتاب ١ ص ١٥٥ بند ٤٢ ؛ وفى نفس المعنى : مارتى ورينو حـ ١ ص ٤٦٥ بند ٢٧٨ ؛

AUBRY et RAU : Cours de droit civil français 4 éd T. 2 1869 p. 3.

٢٥٦ ــ ويخلص من التعريف السابق ، أن الذمة المـالية تتكون من عنصرين : عنصر ايجابى يشتمل على الحقوق ، وعنصر سلبى يشتمل على الالتزامات أو الديون . وهى فى عنصريها سابقى الاشارة تقتصر على القيم المـالية (١٠٥) .

ويدخل فى العنصر الأول ، الحقوق المـالية بجميع أنواعها : (عينية أو شخصية ، أو الذهنية فى جانبها المـالى) . ويدخل فى الثانى كل من الالتزامات الشخصية والتكاليف العينية ، أى الأعباء التى تتقرر على مال الشخص ضمانا لدين عليه أو على غيره (١٠٦) .

أما الحقوق غير المـالية ، كالحقوق العامة وحقوق الأسرة ، فانها لا تدخل بذاتها عنصرا فى الذمة . أما اذا رتبت هذه الحقوق نتائج مالية ، فان هذه النتائج هى التى تدخل الذمة . كالحق فى التعويض المـالى الذى يترتب للشخص حين يتعرض لاعتداء على حقه العام فى سلامة جسمه .

ويتحدد مركز الشخص المـالى ، بالمقارنة بين عنصرى ذمته المالية . فاذا زاد العنصر الايجابى على العنصر السلبى ، عدَّ الشخص موسرا . أما فى الحالة العكسية ، فانه يوصف فى الاصطلاح القانونى بالمعسر .

---

(١٠٥) فى هذا المعنى : كاربونييه حـ ١ ص ١٥٥ بند ٤٢ ؛ بيفلان ــ لانور ص ٢٤ ؛ مارتى ورينو حـ ١ ص ٤٦٥ بند ٢٨٧ .
وراجع ــ عكس ذلك ــ وأن جميع الحقوق ، بما فيها الحقـوق غير المـالية ، تندمج فى الذمة ، تلك التى تستقبل كل حقوق الشخص ، جوجلار (دروس مازو) كتاب ١ ص ١٩١ .
ولمزيد من التفاصيل فى مكونات الذمة المـالية من الناحية الاقتصادية (الجانب الاقتصـادى للذمة) ، ومن الناحية القانونية (الجانب القـانونى للذمة) ، راجع :

CATALA (p) : La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne. R. T 1966 p. 187—198 No. 3—17 et p. 198—213 No. 18—29.

(١٠٦) أما الواجب العام الذى يفرض على الشخص احترام حقـوق غيره ؛ فبالنظر الى أنه لا يشكل التزاما بالمعنى الدقيق فانه لا يدخل عنصرا فى الجانب السلبى للذمة . راجع عبد الودود يحيى ص ٣٠٨ .

٢٥٧ — وقولنا بأن الذمة المالية هى الجانب المالى من الشخصية القانونية ، انما يعنى أن الذمة من الأمور اللصيقة بالشخصية . فيكون — بالتالى — لكل شخص منذ ولادته ذمة مالية ، وذمة واحدة ، تظل تلازمه من بدء شخصيته الى نهايتها ، ولا تنتقل لغيره ، ولا تسقط بالتقادم .

وقولنا بأن الذمة هى التى تستقبل ما قد ينشأ للشخص أو عليه من حقوق أو التزامات ، انما يعنى من ناحية : أن الذمة تتميز عن العناصر المكونة لها . فهى أشبه فى اللغة العادية بوعاء يستقبل الحقوق والالتزامات ولا يختلط بها (١٠٧) . كما أنها — بذلك — تعتبر فى اللغة القانونية مجموعة قانونية قائمة بذاتها . ومن ناحية أخرى : أن الشخص قد يولد وليس بذمته المالية شيئا من حقوق أو ديون ، ما دام أن هذه الذمة كجانب فى الشخصية ، صالحة لأن تتلقى ما قد ينشأ له من حقوق أو ما ينشأ عليه من ديون فى المستقبل .

وقولنا — أخيرا — بأن الذمة صالحة لاستقبال حقوق الشخص أو ديونه المالية حتى وفاته ، انما يعنى أنه اذا تنازل هذا الشخص للغير عما فى ذمته المالية ، فلا يترتب على ذلك أن يفقد المتنازل ذمته ، أو أن يكسب المتنازل له ذمة أخرى (١٠٨) .

---

(١٠٧) أو كما عبر بلانيول :

«il peut être comme une bourse vide et ne rien contenu».

Traite pratique de droit civil français T. 3 1926. p. 20 No. 16.

(١٠٨) راجع فى خصائص الذمة المالية سابقة الاشارة : شيفالييه ص ١٨ — ١٩ ؛ كاربونييه كتاب ١ ص ١٥٥ بند ٤٢ ؛ أوبرى و رو حـ ٢ ص ٣ ؛ BARTIN (دروس أوبرى و رو حـ ٩ ط ٥ ١٩١٧) ص ٣٣٦ — ٣٣٨ ؛ بلانيول وريبير (١٩٢٦) ص ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ بند ١٥

CH. BEUDANT : Cours de droit civil Français. 2 éd. T. 4 1938 par VOIRIN p. 13 — 14 et p. 21 — 25 No. 24—26 et p. 25 — 32 No. 27 à 35.

٢٥٨ — ويستند التعريف السابق للذمة ، وما تفرع عليه من الخصائص التى تميز هذه الأخيرة ، الى التصور التقليدى للذمة ، الذى يربط بين هذه الأخيرة وبين الشخصية القانونية • وقد نادى بهذا التصور الفقيهان الفرنسيان أوبرى ورو ، اللذان اعتبرا الذمة أحد « مشتقات الشخصية » أى مقوماتها Une émanation de le personnalite بما يتفرع عليه أن تكون الذمة حكرا على الأشخاص القانونية فقط ، طبيعيين كانوا أم اعتباريين • وهو ما يفسر كيف أن العبيد ، فى القانون الرومانى كانوا يتجردون من الذمة بتجردهم من الشخصية القانونية[١١٠]• وقد أخذ بهذا التصوير — من بعدهما — جانب كبير من الشراح الفرنسيين [١١١] •

٢٥٩ — غير أن هذا الربط أصبح يتعرض — فى الوقت الحاضر — للنقد ، بعد ما ظهرت — على أيدى الشراح الألمان — نظرية أخرى (يقال لها الآن النظرية الحديثة) ، تفصل بين الذمة المالية والشخصية القانونية • وتقوم هذه النظرية على أساس من أن الذى يقيم الرابطة بين العناصر المكونة للذمة المالية ، ويجعل منها مجموعة قانونية قائمة بذاتها ، ليس هو وحدة شخص صاحب الذمة ، وانما وحدة الهدف الذى يراد الوصول اليه من تخصيص مال معين لغرض معين • ولذلك لا يطلق على الذمة فى هذا التصوير ، وصف ذمة الشخص ، وانما يقال لها ذمة الغرض،أو ذمةالتخصيص patrimoine d' affectation [١١٢]و[١١٣]•

---

(١٠٩) بارتان (دروس أوبرى و رو) حـ ٩ ص ٣٣٥ ، ويأخذ بنفس التشبيه ، كاربونييه كتاب ١ ٥/١٥٥ بند ٤٢ .

(١١٠) بارتان ، المرجع السابق ص ٣٣٦ وهامش ١١ .

(١١١) أنظر مثلا : شيفاليه ص ١٨ ، ١٩ ؛ كاربونييه الاشارة السابقة ؛ ويقترب ؛ فواران (دروس بيدان) ص ٢١ بند ٢٣ .

(١١٢) راجع فى عرض هذه النظرية : فواران (دروس بيدان) ص١٩ وما بعدها البنود ٢٠ — ٢٢ ؛ مارتى ورينو حـ ١ ص ٤٦٨ وما بعدها بند ٢٩٠ ؛ بلانيول وريبير (١٩٢٦) ص ٢٥ ، ٢٦ بند ٢١ .

(١١٣) وفى هذا المعنى يقول دوجى :

= Dans ce que l'on appelle patrimoine d'une perso-

وليس يسهل القول — فى الواقع — بأن هذه النظرية تحظى بالتأييد الآن فى فرنسا ، مع أن هناك فروض فى القانون الفرنسى قد تذكى أمر الفصل بين الذمة المالية والشخصية القانونية ، حين يتصور فى هذه الفروض أن يكون للشخص الواحد أكثر من ذمة مالية فى آن واحد . ومثالها الوارث الذى يقبل التركة تحت شرط الجرد (١١٤) ، وهى فروض تحول دون الأخذ بها فى مصر أحكام الشريعة الاسلامية التى تقضى بأنه « لا تركة الا بعد سداد الدين » ، وبالتالى فان الذمة المالية للمتوفى لا تنتقل بذاتها الى الوارث ، وانما لا يتلقى هذا الأخير الا ما يبقى منها من حقوق بعد سداد الديون ، بحيث لا يتصور — فى ضوء ذلك — أن يكون الوارث على رأس ذمتين ماليتين : ذمته هو الأصلية وذمة مورثه .

وهكذا يبقى الشراح الفرنسيون بوجه عام على النظرية التقليدية فى الذمة ، وان أخذ البعض عليها فقط ، مبالغتها فى الربط بين الذمة وبين الشخصية القانونية . والانتهاء من ذلك الى القول بوحدة الذمة المالية للشخص وعدم قابليتها للتجزئة (١١٥) . أما ميفوراش فقد أسهب — على العكس — فى عرض الانتقادات التى يمكن أن توجه الى النظرية التقليدية فى الذمة ، متتبعا بالنقد كل ما يترتب على هذه النظرية من خصائص تميز الذمة المالية :

---

nne, il ne, ya oas en réalité, autre chose que l'affe-ctation Socialement protégée dune certaine quantité de richesses à un but détrmineé ». L. DUGUIT : Traité de droit contitutionnel. 2 éd T. 3 1913 p. 309

(١١٤) راجع فى هذا الفرض مارتى ورينو ص ٤٦٧ بند ٢٨٩ ، ص ٤٦٩ بند ٢٩٠ ؛ بارتان (دروس أوبرى و رو) حـ ٩ ص ٣٣٨ ؛ بلانيول وريبير (١٩٢٦) ص ٢٤ بند ٢٠ .

(١١٥) راجع مثلا : مارتى ورينو حـ ١ ص ٤٦٩ بند ٢٩٠ ؛ فواران (دروس بيدان) ص ٢١ بند ٢٣ . وانظر مع ذلك بلانيول وريبير (١٩٢٦) ، حيث يريا أن القانون الفرنسى يقترب شيئا فشيئا من التصور الحديث للذمة . ص ٢٦ بند ٢١ .

١ ــ فليس حقيقي ــ عنده ــ ما يؤكده أنصــار النظرية التقليدية من أن لكل شخص ذمة • فمثل هذا التأكيد يســتند ــ فى نظره ــ الى أساس من أن كل شخص مهما كان فقيرا لابد يمتلك شيئا ، أى أن له ذمة ، ولو كانت تافهــة ، حين أنه ليس حقيقى أن كل شخص يمتلك فعــلا شيئا ما • « ان عــدد الناس الذين لا يمتلكون شيئا على الاطلاق يتزايد باطراد » (١١٦) ويعلق على قول الفقيهان الفرنسيان كولان وكابيتان أن « الطفل المولود لتوه له ذمة » ، بأن ذمة هذا الأخير ، فى معظم الأحيان «تنخفض الى الصــفر ، أو بتعبير أوضح ، ليس له ذمة على الاطلاق • حتى ما يتقمط به من أقمطة عنــد ولادته ، لا يملكهــا ، وانما يملكهــا آباؤه » (١١٧) •

٢ ــ وليس يكفى عنده القول بامكانية التملك ، بمعنى أن الذمة المــالية تثبت للشخص ولو لم يكن يملك بالفعل شيئا فى وقت ما ، ما دام أنه يمكن أن يتملك ؛ لأنه لا شيء يؤكد أن الشخص سيكتسب فعلا • فالطفل الذى يولد ويموت فى اليوم التالى ، ليس يسهل القول بأنه كانت له ذمة مالية فى هــذه المدة بالغة القصر مع أنه كانت له خلالهــا امكانية التملك • وهكذا فان « هذه الامكانية الموضوعية ، مأخوذة فى ذاتها ، ومستقلة عن تحقيقها ، لا يمكن أن تكون عنصرا فى الذمة ، لسبب بسيط ، أنها لا تشكل الضمان العام للدائنين ، وليست هى التى يمكن أن تحجز وتبــاع ، وانما تحققهــا المحتمل • وبما أننا ســلمنا بأن هذه الامكانية الموضوعية يمكن ألا تتحقق ، فانه يخلص من ذلك أن كل شخص ليس له ــ بالضرورة ــ ذمة » (١١٨) •

٣ ــ وليس صحيحا ــ عنده ــ كذلك القول بأن لكل شخص ذمة واحدة • ويذكر فى هذا الصدد أمثلة من الفروض سابق الاشارة اليها ،

(١١٦) ، (١١٧) MEVORACH (N) : Le Patrimoine R.T. 1936 p. 813.

(١١٨) ميفوراش ص ٨١٥ .

حين يتصور فى القانون الفرنسى أن يكون للشخص الواحد أكثر من ذمة. ولا ـ كذلك ـ القول بأن الذمة غير قابلة للانتقـال ، ويذكر أمثلة من القانون الألمـانى على امكانية انتقال الذمة . ولا ـ أخيرا ـ القول بأن الذمة وحدة منفصلة ومستقلة عن العناصر المكونة لهـا ، فهذا القول ناتج منطقيا من تصور أن الذمة المالية أحد مقومات الشخصية ، وهو تأكيد ـ فى نظره ـ خاطىء (١١٩) و (١٢٠) .

ونكرر أنه رغم هذا الاسهاب فى النقد ، لايزال الشراح الفرنسيون يتمسكون بالنظرية التقليدية للذمة . بل ان بعضهم يأخـذ على النظرية الحديثة فى الذمة ما تؤدى اليه من صعوبات وما تتيحه من فرص للغش ، ما دام أنه « تحت اسم الهدف أو التخصيص ، سوف يتجزأ ـ فى الواقع ـ نشـاط الشخص الى أقسـام كبيرة ، لكل منها جانبها المـالى الايجابى والسلبى » بمعنى أن ذمة الشخص سوف تتعدد الى ما لا نهاية . هـذا فضلا عما فى القول من الفصل بين الذمة والشخصية القانونية من تجاهل لحقيقة أنه من غير المتصور وجود ذمة بلا صاحب ، طبيعيا كان أم شخصيا اعتباريا . أنها ـ عندئذ ـ ستكون « شيئا ميتا » (١٢١) .

اهمية فكرة الذمة المـالية :

٢٦٠ ـ ويترتب على فكرة الذمة المـالية ، باعتبارها مجمـوعة قانونية لها كيان ذاتى مستقل عن مفرداتها من حقوق أو ديون ، ما يأتى من النتائج :

---

(١١٩) ميفوراش ص ٨١٩ .

(١٢٠) راجع فى عرض مفصـل لهـذه الانتقادات : ميفوراش من ص ٨١٢ ـ ٨٢٥ ؛ وراجع كذلك فيما يمكن أن يوجه للنظرية التقليدية من نقد : بلانيول وريبير (١٩٢٦) ص ٢١ بند ١٧ .

(١٢١) راجع فى هذه الانتقادات مارتى ورينو حـ ١ ص ٤٦٨ ، ٤٦٩ بند ٢٩٠ ؛ وراجع كذلك انتقادات شيفالييه ص ١٩ ؛ وراجع كذلك وصف فواران للنظرية الحديثة بالمبالغة ، وان كانت لها ـ عنـده ـ مزية تفسـير بعض الانظمة القانونية ، كفكرة الحلول العينى ، والمؤسسات ، والتأمينات العينية . كما انهـا هى المعيار المميز للدومين العـام . فواران (دروس بيدان) ص ٢١ بند ٢٣ .

١ ـ يكون العنصر الايجابى فى الذمة مسئولا عن العنصر السلبى ، أو بعبارة أخرى ، تكون جميع حقوق الشخص ضامنة لجميع التزاماته . ويقال تعبيرا عن هذه الفكرة بأن للدائنين حق الضمان العـام على جميع أموال المدين . وفى هذا المعنى تقضى المـادة / ٢٣٤ مدنى بأن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » . فحق الدائن العادى لا يرد على مال معين فى ذمة المدين المـالية ، وانما يعلق بجميع ما فى ذمته من أموال ، ولمـا كان العنصر الايجابى فى الذمة يضمن العنصر السـلبى أو الديون فانه يتفرع على ذلك أن يتساوى جميع الدائنين العاديين فى ضمانهم العام الذى يرد على جميع أموال المدين ، بحيث اذا كان هذا الأخير معسرا ، اقتسم الدائنون ما فى ذمته المـالية من أموال فيما بينهم قسمة الغرماء ، كل بنسبة حقه .

٢ ـ يكون للمدين أن يتصرف فى أمواله ، فيخرج من ذمته بعضـا منها ، ويخرجها ـ بالتالى ـ عن ضمان الدائنين . ما دام أن حق هؤلاء الأخيرين لا يرتكز على الأموال محل التصرف وانما يتعلق بالذمة المـالية للمدين كمجموعة قانونية مستقلة عن مفرداتهـا . وان كان المشرع ـ مع ذلك ـ قد كفل للدائنين من الوسـائل ما يمكنهم من الحفـاظ على ضمانهم العام اذا ما قصد المدين سىء النية بتصرفه الاضرار بهم .

٣ ـ كل ما يدخل الذمة المـالية من عناصر ايجابية ، يدخل بالتالى فى الضمان العام للدائنين الذين يحق لهم التنفيذ عليه ، ولو نشأت هـذه الحقوق بعد نشوء الدين . فحق الدائن يعلق بذمة المدين المـالية بحالتها عند حلول أجل الوفاء بالالتزام .

المبحث الثانى

الأشخاص المعنوية (١٢٢)
Les personnes morales

تمهيـد ، وتقسيم :

تقتضى دراسة النوع الثانى من الأشخاص القانونية ، الذى يطلق عليه فى الاصطلاح « الأشخاص المعنوية » ، أن نعرض لهـا من حيث : نظامها القانونى ، وأنواعها كل فى مطلب على حدة ، فيتسنى لنا بعد ذلك تحديد الطبيعة القانونية لهذه الأشخاص فى ضوء النظريات المتعددة التى قيلت فى هذا الشأن ، وهو ما نخصص له المطلب الثالث .

على أن الاحاطة بهذه الأفكار جميعا تقتضى أن نمهد لها بلمحة عن فكرة الشخصية المعنوية بوجه عام وأهميتهـا ، وتمييز الشخص المعنوى عما قد يختلط به من أنظمة .

أولا : فكرة الشخصية المعنوية ، واهميتها ، لمحة تاريخية :

٢٦١ ــ سبق أن ذكرنا أنه فى الوقت الحاضر ، وبعد الغـاء نظام الرق الذى كان معروفا فى المجتمعـات القـديمة ، أصبحت الشخصية القـانونية تثبت لكل انسان بمجرد ولادته حيا وحتى مماته ، ما دام أن الفرد ما بين هذه اللحظة وتلك يعتبر صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ، ومن ثم قابلا لتلقى خطاب الشارع .

غير أن صالح المجتمع ، وخاصـة فى العصـور الحديثة بعد تقدم المدنيات ، قد اقتضى ــ فى الواقع ــ عدم قصر الشخصية القانونية على الآدميين وحدهم .

---

(١٢٢) ونفضل هذه التسمية ، مع بعض الشراح ، عن وصف هذا النـوع من الأشـخاص بالأشـخاص الاعتبارية ، لمـا يشعر به الوصف المفضل من حقيقة هـذه الأشـخاص (وهو الاتجاه الذى سنؤيده حين نعرض للطبيعة القانونية لهـذا النوع من أنواع الشخصية) ، حين يشعر الوصف الآخر ــ على العكس ــ بفرضيتها . راجع د. حسن كيره (١٩٧١) ص ٦٣٠ بند ٣٢١ .

فالانسان ، مهما امتد به العمر ، انما تقصر به حياته عن تحقيق أغراض قد تكون دائمة . ومهما كثرت موارده فقد يصعب عليه وحده اقتناء كثير من الأشياء ذات القيمة الضخمة (كالمصانع ووسائل النقل) . هذا فضلا عن أن طبيعة البشر قائمة على اختلاف الامزجة والاتجاهات ، ومن ثم فحتى اذا تجمع أكثر من شخص للقيام بعمل يراد له أن يكون مستمرا ، فان ثبوت الشخصية القانونية لكل منهم لن يضمن استمرار هذا العمل دون عوائق ، ما دام أنه سوف يتعين الرجوع الى كل منهم للموافقة على كل تصرف قد يقتضيه هذا العمل ، وهم — بداهة — لن يجتمعون على الموافقة فى كل الحالات . وهكذا فالانسان — بطبيعته — قصير العمر ، ضئيل الموارد ، وبالتالى محدود النشاط فى المجتمع .

لذلك كان من الطبيعى ، أن يفرض صالح المجتمع ، ضرورة الاعتراف بالشخصية القانونية لكائنات أخرى ، قد تكون أطول عمرا ، وأكبر موردا ، وبالتالى أوسع نشاطا . هذه الكائنات التى فرضها منطق المدنية الحديثة ، والتى اقتضت ضرورة اسباغ الشخصية القانونية عليها ، تمكينا لها من أداء الدور المرجى منها فى خدمة المجتمع ، هى تلك المجموعة من الأشخاص التى تستهدف غرضا معينا ، وتلك المجموعات من الأموال التى ترصد لتحقيق غرض معين . ويقال لهذه الكائنات ، تمييزا لها عن الأشخاص من بنى الانسان ، بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية(١٢٢ مكرر) .

٢٦٢ — هذه الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية ، قد أصبحت تؤدى فى الوقت الحاضر ، دورا من الضخامة بحيث يتضاءل — والى حد كبير — الى جانبه دور الأشخاص الطبيعية من بنى الانسان . وقد ساعد هذه الأشخاص الاعتبارية على أداء هذا الدور :

(١٢٢ مكرر) ومع ذلك فليس ما يمنع أن يتكون الشخص المعنوى من مجموعة أشخاص معنوية ، راجع

HAMEL (j) : la personnalité morale et ses limites D 1949 chr p. 141.

١ — أن الشخص المعنوى ، على عكس الحال فى الشخص الطبيعى ، انما يتحكم فى حياته ، أى فى قدر عمره . فيمكنه أن يطيل من هذه الحياة بما يسمح له بممارسة أعمال قد تمتد فى الزمن فترات طويلة تتجاوز حياة منشئيه . فحتى يصل هذا الشخص الى تحقيق أهدافه يجب — كما عبر البعض — أن يكون « قابلا للدوام durable » ، أى قابلا للبقاء وللحياة قانونا بعد وفاة أعضائه ، حين يغدو — على العكس — لا شىء ان كانت حياته ستكون رهن حياتهم (١٢٣) .

٢ — أن للشخص المعنوى ، بما يجمعه من أموال ضخمة ، من القدرة المالية ما لا يمكن أن تقارن بجانبه قدرة الشخص الطبيعى ، فيمكنه لذلك أن يقتنى من الأشياء اللازمة لتحقيق الغرض الذى نشأ من أجله ما قد يعجز الشخص الطبيعى عن اقتنائه . كما أن هذه الأموال الضخمة هى التى تسمح له — من جهة أخرى — بتوسيع دائرة نشاطه ، حين تضيق — بالمقابلة — دائرة نشاط الشخص الطبيعى ، لما يستلزمه ذلك النشاط من نفقات مستمرة . وتبدو أهمية اسباغ الشخصية القانونية المستقلة على الشخص المعنوى ، حين يتمثل هذا الأخير بصفة خاصة فى مجموعة من الأموال ، اذ بدون اسباغ هذه الشخصية ، سيكون لزاما أن يطبق على هذه الأموال نظام الشيوع أو الملكية المشتركة ، وعندئذ قد يكون من المشكوك فيه الوصول بهذه الأموال الى تحقيق الغرض الذى خصصت من أجله ، ما دام أن القانون يجيز لكل شريك فى الشيوع أن يطلب القسمة ، « وهكذا يمكن فى أية لحظة ، وبارادة واحدة ، القضاء على هذا الكائن المشترك » (١٢٤) . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فانه دون هذه الشخصية المستقلة ، لن تكون هناك ذمة مستقلة تحتوى هذه الأموال ، وانما ستبقى هذه الأخيرة ضمن الذمم المالية

(١٢٣) راجع جوجلار (دروس مازو) ، كتاب ١ ص ٦٠٣ بند ٥٩١ .

(١٢٤) جوجلار ، الاشارة السابقة .

لمنشئى الشخص المعنوى، تشكل ضمانا عاما لدائنيهم الشخصيين ، وتؤول من بعد وفاتهم لورثتهم • أما اذا أريد تخصيص هذه الأموال حقيقة وبشكل نهائى لتحقيق الهدف المنشود ، فانه ينبغى انشاء ذمة مستقلة تستوعبها ، فى اطار شخصية قانونية مستقلة (١٢٥) •

٣ — أن الشخص المعنوى ، حتى اذا كان قوامه مجموعة من الأشخاص التى تستهدف غرضا معينا ، اذا ما نشأ وأسبغت عليه الشخصية المعنوية ، استقل بشخصيته القانونية عن شخصية مكونيه ، فأغنى بذلك عن ضرورة موافقة كل منهم على كل تصرف يقتضيه تحقيق الغرض الذى أنشىء من أجله (١٢٦) •

٢٦٣ — وازاء ما تمثله الأشخاص المعنوية من قوة سياسية واقتصادية ومالية لا يستهان بها ، لا يكون من الغريب أن تظهر الدولة نوعا من التخوف تجاه هذه الأشخاص • وفى هذا المعنى يصف جوجلار تاريخ الأشخاص المعنوية فى فرنسا بأنه « تاريخ الصراع المحتدم بينها وبين الدولة » (١٢٧) •

لكن اجهاض الأشخاص المعنوية ومحاربة وجودها ليس كذلك من مصلحة الدولة ، التى هى بحاجة ماسة لما تؤديه هذه الأشخاص من نشاط بالغ الأهمية • من هنا كان من الضرورى البحث عن وسيلة تكفل تحقيق التوازن بين ضرورة وجود هذه الأشخاص وعدم طغيانها على سلطة الدولة وهيبتها • ويترجم هذه الوسيلة تدخل الدولة فى نشأة الأشخاص

---

(١٢٥) وهكذا يخلص جوجلار الى النتيجة التالية :

"il n'ya pas de Fondation possible sans personnalité morale".

جوجلار ص ٦٠٤ بند ٥٩١ •

(١٢٦) ولمزيد من التفاصيل فى أهمية فكرة الشخصية المعنوية راجع جوجلار ، المرجع السابق ص ٦٠٣ وما بعدها بند ٥٩١ ؛ بيفلان — لانور ص ٨٧ ؛ شيفالييه ص ٢٤ •

(١٢٧) راجع جوجلار ، المرجع السابق ص ٦١٣ بند ٦٠٢ •

المعنوية ، والتنظيم القانونى لنشاط هذه الأشخاص (١٢٨) .

ثانيا : تمييز الشخص المعنوى عما قد يختلط به من انظمة :

غير أنه ليس كل مجموعة من الأشخاص تستهدف غرضا معينا ، أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين ، مما يمكن أن يشكل شخصا معنويا بالمعنى الدقيق . فتجمع بعض الأشخاص عرضا ، أو فى مناسبة ما كحفل أو رحلة ، لا يخلق منهم ــ بداهة ــ شخصا معنويا مستقلا . كما لا يخلق هذا الشخص أيضا تجميع بعض الأموال دون تخصيصها لغرض يراد له أن يدوم . وهكذا يستلزم بعض الشراح ــ بحق ــ أن يتوافر لدى منشىء الشخص المعنوى نية ثباته ودوامه(١٢٩) .

بيد أن هناك بعض مجموعات الأشخاص أو الأموال مما يتوافر بها قدر من الثبات أو الدوام ، ومع ذلك فانها لا تشكل أشخاصا معنوية وان اقتربت منها ، بما يتعين معه وجوب التمييز بينها والشخص المعنوى :

(أ) الشخص المعنوى والتجمعات الأسرية :

٢٦٤ ــ معروف أن الأسرة هى مجموعة من الأشخاص ، وان كانت تربطهم صلة قرابة . لكن هل يمكن أن يشكل تجمع الأشخاص فى نطاق الأسرة شخصية معنوية مستقلة للأسرة ؟ . ان الاجابة لابد أن تكون بالنفى ، بالنظر الى ما بين الأسرة كجمع من الأشخاص والشخص المعنوى

---

(١٢٨) راجع فى تاريخ الأشخاص المعنوية فى فرنسا : جوجلار ص ٦٠٨ ــ ٦١٣ البنود من ٥٩٦ ــ ٦٠٢ ؛ مارتى ورينو (الأشخاص) ص ٩١٨ ــ ٩٢٠ بند ٨٢١ ؛ كاربونييه كتاب ١ ص ٢٦٨ ؛ بيفلان ــ لانور ص ٩١ ــ ٩٢ .

(١٢٩) فيقول كاربونييه :

"encore faut-il que ce groupe ou cette masse ait dans sa vocation la stabilité et la durée.

ويعزى الى هذا السبب انكار المشرع الفرنسى فى المادة ٤٩ تجارى ، صفة الشخصية المعنوية على شركات المحاصة . راجع كاربونييه ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨ بند ٧٨ ؛ وفى نفس المعنى راجع :

HAMEL : la personnalité morale et ses limites D 1949 chr p. 141.

من فوارق هامة . ففضلا عن أن الأسرة لا تتمتع بذمة مالية مستقلة ، وانما يكون لكل من أفرادها ذمتـه المـالية المستقلة ، وما يملكه من أموال يعتبر ملكية خاصة له : يتميز الشخص المعنوى بوضـوح الهدف الذى يسعى منشئوه الى تحقيقه ، وبتحديده ؛ بما يتفرع عليه من امكان معرفة ما للشخص المعنوى وما عليه ، وذلك بالنظر الى آن أفراده انما يجتمعون وراء هدف محدد ، حين تبدو — على العكس — ذاتية الأفراد فى التجمعات الأسرية « وقـد فنت فى نوع من التضامن المعنوى أو الأدبى » (١٣٠) ، وما ذلك — فى الواقع — الا لأن « أواصر الحب أو العاطفة هى التى تجمع بين أفراد هذا التجمع ، أكثر منها روابط القانون » (١٣١) .

(ب) الشخص المعنوى والذمم المـالية المستقلة

Les patrimoines autonomes

٢٦٥ — ويعرف القانون الفرنسى بعض فروض يجتمع فيها أكثر من شخص ، حين تنشأ ذمة مالية مستقلة عن الذمة المـالية الشخصية لكل فرد من أفراد هذا التجمع . والمثال البارز لذلك هو نظام الأموال المشتركة بين الزوجين les communautés (١٣٢) ؛ اذ يترتب على الزواج فى هـذا القانون — وبعكس الحال فى علاقات الزواج فى القانون المصرى (سواء تمت بين زوجـين مسلمين ، أو غير مسلمين ولو كانت علاقتهمـا الزوجية تخضع لأحكام شريعتهما الطائفية لاتحادهم فى الدين والمذهب والطائفة) — اتحاد الأموال بين الزوجين . فينشأ عن هذا الاتحاد ذمة مالية خاصة به ، وتكون لهذا الكيان الجديد كل مظاهر صاحب الحق ، فيمكن أن يكون دائنا أو مدينا . ومع ذلك فان الرأى الراجح فى فرنسا أن هذا الكيان لا يشكل شخصا معنويا . « انه ليس سوى ذمة مالية ثالثة ، منفصلة تماما عن الذمة الشخصية لكل من الزوجين » (١٣٣) ، وذلك بالنظر الى « عدم وجود مصلحة لهذا الكيان منفصلة بشكل واضح عن المصالح الذاتية لكل

---

(١٣٠) ، (١٣١) كاربونييه ، المرجع السابق ص ٢٧٨ بند ٧٨ .

(١٣٢) راجـع فى فروض اخـرى يمكن ان يستخدم فيها هـذا الاصطلاح ، كاربونييه ؛ الاشارة السابقة .

(١٣٣) ، (١٣٤) كاربونييه ص ٢٧٩ بند ٧٨ .

من الزوجين ، ولا ادارة لهذا الكيان يمكنها أن تعبر عن ارادة له مستقلة تمام الاستقلال عن الارادة الخاصة لأى من الزوجين » (١٣٤) ، (١٣٥) .

(ج) الشخص المعنوى والملكية المشتركة أو الشائعة :
les copropriétés ou indivisions

٢٦٦ — كذلك يختلف الشخص المعنــوى عن الملكية المشتركة أو الشائعة التى يمكن أن تثبت لمجموعة من الأشخاص ، حين يجتمع على شىء واحــد أكثر من حق ملكية بحيث يكون لكل مالك من السلطات ما يمكنه من الحصول على مجرد نسبة من كل منافع هذا الشىء . فمن ناحية ، ينشأ الشخص المعنوى — أساسا — بعمل ارادى ايجابى من جانب منشئيه : اما بتخصيص مجموعة من الأموال لغرض معين أو باجتمــاع مجموعة من الأشخاص لتحقيق غرض معين . حين أن الشيوع — فى الفرض الغالب ينتج عن واقعة غير ارادية ، لا صلة لها بالمشتاعين ، كالوفاة يترتب عليهــا أن يخلف الوَرثة مورثهم فى تركته شــائعة بينهم . كذلك يتمتع الشخص المعنــوى بذمته المــالية المستقلة عن الذمم المــالية الشخصية لمنشئيه ، حين أن كلا من المشتاعين يملك فى المــال الشائع حصة تشكل جزءا من ذمته المــالية الخاصة . كما تختلف كذلك طريقة الادارة فى كل منهما : فعلى حين يخضع الشخص الاعتبارى لادارة موحدة ، فان ادارة المــال الشائع تنعقد — على العكس — للمشتاعين مجتمعين أو لمن يملكون منهم أغلبية الأنصبة ، ولا يمكن أن تلتزم الغالبية برأى الأقلية . كما يبقى — أخيرا — أن الشخص المعنوى ينشــأ — أساسا — ليبقى ، حين أن الشيوع حالة مؤقتة مصيرها الى الانتهاء ، ومن ثم يعترف القانون لكل من المشتاعين بالحق فى طلب القسمة وانهاء الشيوع (١٣٦) ، (١٣٧) .

---

(١٣٥) راجع فى تطبيق آخر للذمة المــالية المستقلة فى القــانون الفرنسى ، حين يقبل الوارث التركة تحت شرط الجرد ؛ وكيف أن هذا التطبيق لا ينشىء شخصية معنوية ، كاربونييه الاشارة السابقة .

(١٣٦) راجع فى هــذا المعنى كاربونييه ص ٢٧٩ وما بعدها بند ٧٨ .

(١٣٧) راجع فى التفــرقة بين الشخص المعنــوى والوحــدات الاقتصــادية les unités économiques كاربونييــه ص ٢٧٨ بنــد ٧٨ .

تقسيم :

تقسم الدراسة بعد ذلك فى هذا المبحث الى ثلاثة مطالب : نعرض فى أولها للنظام القانونى للأشخاص المعنوية ، وفى الثانى لأنواع هـذه الأشخاص ، لنخصص لطبيعتها القانونية المطلب الثالث •

المطلب الأول

النظام القانونى للأشخاص المعنوية

اولا : نشأة الشخص المعنوى :

٢٦٧ ــ لما كان الشخص المعنوى هو مجموعة من الأشخاص تسعى الى تحقيق غرض معين ، أو مجموعة من الأموال ترصد لغرض معين ، ويعترف لها المشرع بشخصية معنوية ، فان العناصر المنشئة للشخص المعنوى ، تتحدد ــ لذلك ــ فى ثلاث :

١ ــ مجموعة من الأشخاص أو الأموال •

٢ ــ غرض معين يسعى الى تحقيقه هؤلاء الأشخاص ، أو تتجمع لأجله هذه الأموال •

٣ ــ اعتراف المشرع لهذه المجموعة من الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية •

ويبدو من استعراض هذه العناصر ، أن مجرد وجود مجموعة من الأشخاص أو الأموال ، تسعى أو ترصد لتحقيق غرض معين ، غير كاف لوجود الشخص المعنوى ، وانما يلزم ــ فضلا عن ذلك ــ أن يضفى المشرع الشخصية المعنوية على هذه المجموعة من الأشخاص أو الأموال •

كذلك يبدو من استعراض نص الفقرة الأولى من المادة ٥٢ مدنى، والذى يجرى على النحو التالى : « الأشخاص الاعتبارية هى :

٧ ـ الدولة ، وكذلك (المديريات) [١٣٨] والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية » ، أن المنهج الذى سلكه المشرع المصرى فى اسباغ الشخصية الاعتبارية على الشخص المعنوى ، كأصل ، هو الاعتراف العام ، الذى يقوم على التحديد المقدم للمجموعات التى يعترف لها بالشخصية الاعتبارية (كالدولة ، والمديريات (المحافظات) والمدن والقرى) ، فاذا ما تكونت احدى المجموعات وفق الشروط التى يحددها القانون ثبتت لها الشخصية الاعتبارية من تلقاء نفسها . أما فيما عداها من المجموعات (كالادارات والمصالح) فانها لا تكتسب الشخصية الاعتبارية الا اذا اعترف لها المشرع بهذه الشخصية اعترافا خاصا [١٣٩] .

٢٦٨ ــ غير أن نشأة الشخص المعنوى ، كالشخص الطبيعى ، تستغرق فترة زمنية قد لا تكون بالقصيرة ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بشركات المساهمة ، حيث يقتضى أمر انشائها طرح أسهم هذه الشركة للاكتتاب العام ، كما أن بعض هذه الأشخاص ، كالجمعيات مثلا ، يقتضى انشاؤها ضرورة اتخاذ بعض اجراءات العلانية ، وذلك بشهر نظامها من طريق قيده فى السجل الخاص المعد لذلك . وكل هذه الأمور تقتضى ــ ولا شك ــ بعض الوقت .

ومع ذلك فانه خلال فترة الانشاء هذه ، يكون للشخص المعنوى « نوعا من الوجود »[١٤٠] ، شبهه البعض بحالة « الحمل المستكن »[١٤١] .

---

(١٣٨) المحافظات الآن .

(١٣٩) راجع فى مسلك المشرع الفرنسى فى اسباغ الشخصية المعنوية : جوجلار ، المرجع السابق ص ٦٢٦ ــ ٦٣٤ البنود ٦٠٨-٦١٣ ؛ وفى نشأة الشخص المعنوى بوجه عام : كاربونييه ، المرجع السابق ص ٢٨٦ ــ ٢٨٨ بند ٨٠ ؛ مارتى ورينو المرجع السابق ص ٩٢٥ ــ ٩٢٧ بند ٨٢٤ ؛ بيفلان ــ لانور ص ٩٤ .

(١٤٠) "une certaine existence" ، كاربونييه ، المرجع السابق ص ٢٨٦ بند ٨٠ .

(١٤١) "infans conceptus" ، كاربونييه الاشارة السابقة .

وهذا الوجود هو الذى يفسر أن الشخص المعنوى خلال هـذه الفترة « يكون مالكا للأموال » (١٤٢) التى تجمع لانشائه ، كما أنه يكون هو « المدين بالالتزامات التى تعقد لتمكينه من مباشرة نشاطه » (١٤٣) بعـد اكتمال نشـأته . كما أنه هـو الذى يفسر امكان أن يتحمل مؤسسوه « بالمسئولية » (١٤٤) اذا ارتكبوا فى انشائه من الأخطاء ما يسبب ضررا للغير (١٤٥) .

ثانيا : مقومات الشخص المعنوى وخصائصه :

٢٦٩ — سبق أن استعرضنا ، فى دراستنا للأشخاص الطبيعية ، خصائص الشخصية القـانونية للفرد ، وهى التى تنحصر فى : الاسم ، والحالة ، والموطن ، والأهلية والذمة المـالية .

ولمـا كانت مجموعة الأشخاص أو الأموال التى تسعى أو ترصـد لتحقيق غرض معين ، انما تكتسب الشخصية القانونيـة باعتراف المشرع لها بالشخصية المعنوية ، فانها — كما سبق أن ذكـرنا — تصبح فى نظـر القانون شخصا . هذا الشخص بمجرد تكوينه وثبوت الشخصية القانونية له ، يصبح له كيانه الذاتى . فيستقل تماما عن أشخاص مكونيه (ان كان مجموعة من الأشخاص) ، أو أشـخاص منشئيه أو القـائمين على ادارته (ان كان مجموعة من الأموال) ، ويباشر نشاطه فى الحياة ، صالحا لتلقى الخطاب التشريعى ، بما يبـدو من المفهـوم معه أن يثبت له من خصائص الشخصية القانونية ما يثبت للشخص الطبيعى . وعلى ذلك :

١ — يكون للشخص الاعتبارى اسم خاص به ، ويميزه بالتـالى عن سائر الأشخاص فى الجماعة . ولمـا كان الاسم المدنى للشخص يختار له لحظة مولده ، فان اسم الشخص الاعتبارى يعين — بدوره — فى سنـد انشائه . كذلك يضفى القانون نفس الحماية القانونية التى للاسم الطبيعى

---

(١٤٢) ، (١٤٣) ، (١٤٤) ، (١٤٥) : كاربونييه الاشارة السابقة .

على اسم الشخص الاعتبارى (١٤٦) .

٢ — باستثناء الحالة العائلية (القرابة) ، والحالة الدينية ، التى تتنافى وطبيعة الشخص الاعتبارى ، يكون لهذا الأخير ، كالشخص الطبيعى ، جنسية ينتمى اليها . هذه الجنسية تتحدد عادة بالدولة التى يوجد بها مركز ادارة الشخص الاعتبارى بصرف النظر عن جنسية أشخاص مكونيه أو القائمين على ادارته (١٤٧) .

٣ — وفقا لمادة ٥٣ مدنى ، يكون للشخص المعنوى موطن خاص به ، يستقل عن موطن مكونيه أو القائمين على ادارته . وموطن الشخص المعنوى هو — وفق هذا النص — المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته . فاذا كان للشخص المعنوى عدة فروع ، كان المكان الذى يوجد به كل فرع موطن أعمال له . وجاز من ثم ، وفقا للمادة ٥٢ مرافعات ، أن ترفع الدعاوى فى المسائل المتصلة بهذا الفرع أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها . فاذا كان الشخص المعنوى شركة أجنبية تمارس نشاطا فى مصر ، فان مركز ادارتها بالنسبة الى القانون الداخلى يعتبر — وفقا للمادة ٥٣ مدنى — هو « المكان الذى يوجد به الادارة المحلية » (١٤٨) .

٤ — للشخص المعنوى أهليته . ولكن هناك فارق هام فى النطاق ،

---

(١٤٦) راجع فى اسم الشخص المعنوى فى القانون الفرنسى : كاربونييه المرجع السابق ص ٢٩٢ بند ٨٢ ؛ مارتى ورينو المرجع السابق ص ٩٤٦ — ٩٤٧ بند ٨٤٣ ؛

LEGEAIS : Encyclopédie Dalloz (Droit civil) éd 1974. T. 5 saus (Personne morale) p. 3 No. 16., NERSON : jurisprudence française en matière de droit civil. R. T. 1966 p. 72-74.

(١٤٧) راجع فى جنسية الأشخاص المعنوية فى فرنسا : كاربونييه الاشارة السابقة ؛ مارتى ورينو ص ٩٤٠ — ٩٥٠ بند ٩٤٥ ؛ ليجيا ، المرجع السابق ص ٣ بند ٢٠ .

(١٤٨) راجع فى موطن الشخص المعنوى فى القانون الفرنسى : كاربونييه الاشارة السابقة ؛ مارتى ورينو ص ٩٤٧ بند ٨٤٤ ؛ ليجيا ، المرجع السابق ص ٣ بند ١٧ — ١٩ .

بين أهلية الشخص الطبيعي وأهلية الشخص المعنوى ، وذلك أمر بديهى ، لما بين الشخصيتين من فارق جوهرى .

فمن حيث أهلية الوجوب أولا ، فان المشرع لا يعترف له الا بأهلية محدودة ، حيث تقتصر هذه الأهلية — كما تقضى المادة ٥٣/٢ — ب مدنى ، على « الحدود التى يعنيها سند انشائه أو التى يقررها القانون » .

فطبيعة الشخص المعنوى لا تسمح — من ناحية — بثبوت بعض الحقوق التى لا يمكن أن تثبت الا للشخص الطبيعي بحسبانها من الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان (١٤٩) ، كحقوق الأسرة مثلا أو الحقوق السياسية . كما أن أهلية الوجوب للشخص المعنوى تتحدد — من ناحية أخرى — بما يعرف بمبدأ التخصص ، الذى يقوم على ضرورة قصر الحقوق التى يمكن أن يتمتع بها الشخص الاعتبارى على ما يكون منها ضروريا فحسب لتحقيق الغرض الذى أنشىء من أجله هذا الشخص (١٥٠) . (فلا يجوز مثلا لنقابة عمال أن تشتغل بالمسائل السياسية أو الدينية . ولا يجوز لجمعية أن تقوم بأعمال تجارية أو تدخل فى مضاربات مالية) .

٥ — وأخيرا فان للشخص الاعتبارى « ذمة مستقلة » م ٥٣ — ٢ عن ذمم أشخاص مكونيه أو القائمين على ادارته (١٥١) ، (١٥٢) ، بحيث لا يجوز

---

(١٤٩) ، (١٥٠) راجع فى هذا المعنى جوجلار المرجع السابق ص ٦٣٦ ، ٦٣٧ بند ٦١٦ .

وراجع فى تفاصيل مبدأ التخصص :

Ducroca : Cours de droit administratif. 7 éd T. 6 1905 p. 52 No. 2197; WALINE : Traité élémentaire de droit administratif. 6 éd 1952 p. 172-173;

ليجيا ، المرجع السابق ص ٤ — ٥ بند ٣٧ — ٤١ .

(١٥١) لمزيد من التفاصيل فى ذمة الشخص المعنوى واستقلالها ، وحق أعضائه على هذه الذمة ، وكيفية ادارتها ، راجع كاربونييه المرجع السابق ص ٢٨٩ — ٢٩٢ البنود ٨١ ، ٨٢ .

(١٥٢) هذه الذمة المستقلة هى المكمل الضرورى لبعض النظريات التى ترى فى الشخص المعنوى نوعا من الملكية الجماعية للأموال المنشئة له . راجع كاربونييه ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ بند ٧٥ .

(فيما عـدا الحال فى الشركات المدنيـة وشركات التضامن ، والشركاء المتضامنون فى شركات التوصيـة) لدائنى أى من الأشخاص المكونين للشخص الاعتبارى أو القـائمين على ادارته ، أن يطالبوا ذلك الشخص الاعتبارى ، بما لهم من حقوق فى مواجهة هؤلاء الأشخاص • والعكس صحيح • حيث لا يجوز لدائنى الشخص المعنوى مطالبة أحـد أعضائه أو مؤسسيه ، أو أن ينفذوا على أمواله الخاصة •

وترقى هذه الذمة ــ فى نظر بعض الشراح ــ على خصائص الشخص المعنوى الاخرى ، فهى عماد هـذا الشخص ، يقوم عليها ، ثم يكتسب الخصائص الأخرى بعد ذلك • حين أن الشخص الطبيعى ــ على العكس ــ يتميز بمقومات وخصائص شخصيته ، ثم تأتيه بعد ذلك ــ على حد تعبير هذا البعض ــ الذمة المـالية (١٥٣) • وهو قول يتسم ــ فى اعتقادنا ــ بالخلط بين الذمة المـالية فى ذاتها والعناصر المـالية التى تتكون منهـا هـذه الذمة •

هذا وبفضل هذه الذمة المستقلة يمكن للشخص أن يوسع ــ بدون خوف ــ من دائرة نشاطه • فالتاجر يمكنه ــ مثلا ــ أن يسهم بجانب من رأس ماله فى أحـد الشركات ، فيضمن بذلك ــ كأصل ــ ابعاد الجانب الآخر عن ضمان دائنى الشخص المعنوى (الشركة) الذى نشأ من الأموال التى ساهم هذا التاجر بجزء منها • أى أنه يستطيع ــ بهـذا الشكل ــ أن يبعد هذا الجانب الآخر من أمواله عن مخاطر الاستغلال التجارى ، فيضمنه بذلك لذويه مثلا • حين أنه دون الاسهام بهذا الجانب فى تأسيس شخص معنوى بذمة مالية مستقلة ، لا يكون بامكان هـذا الشخص ، بالنظر الى مبدأ وحدة الذمة المـالية أن يصل الى هذه النتيجة (١٥٤) •

(١٥٣) فيقول كاربونييه
"la personne physique s'affirme d'abord par elle-même, le patrimoine lui vient après, tandis que la personne morale a en première lieu un patrimoine"

(١٥٤) راجع فى هذا المعنى جوجلار المرجع السابق ص٦٠٤ بند٥٩١ • ص ٢٨٦ بند ٨١ •

ثالثا : سير الأشخاص المعنوية :

(ا) تعبير الشخص المعنوى عن ارادته (١٥٥) :

٢٧٠ ــ على العكس من الشخص الطبيعى الذى يعبر أساسا عن ارادته بنفسه ، فيمكن ــ بالتالى ــ أن يلتزم على أساس من هذه الإرادة ، حين يقال عندئذ أن للشخص أهلية أداء على ما رأيناه فى موضع سابق ، اللهم ــ بطبيعة الحال ــ الا اذا كان يعجز قانونا (كالقاصر) أو عيلا عن هذا التعبير ، حين ينوب عنه عندئذ ــ نائب قانونى أو اتفاقى (وكيل) ، فان الشخص المعنوى لا يستطيع ــ بالنظر لما تفترضه أهلية الأداء من الادراك والتمييز ، بما لا يتوافر بداهة للشخص المعنوى ــ أن يعبر عن ارادته بنفسه . لذلك كان من الطبيعى ، وحتى يمكن لهذا الشخص أن يباشر التصرفات القانونية التى يقتضيها الغرض من انشائه ، أن يستلزم المشرع « أن يكون له نائب يعبر عن ارادته » (م ٥٣ ــ ٣ مدنى) .

غير أن بعض الشراح لا يفضل أن يطلق على من يعبر عن ارادة الشخص المعنوى وصف « النائب القانونى » عن هذا الشخص ، وانما يفضل وصفه بـ « العضو الممثل » له d'organe représentatif تأسيسا على أن النائب القانونى يكون شخصا مستقلا عن الأصيل ، حين أن العضو الممثل للشخص المعنوى « يشكل ــ هو ذاته ــ طرفا فيه ، انه مشتق من هذا الشخص المعنوى » (١٥٦) .

(ب) مسئولية الشخص المعنوى :

٢٧١ ــ وحين يباشر الشخص المعنوى نشاطه فانه ــ كالشخص الطبيعى ــ يمكن أن يرتكب أخطاء . هذه الأخيرة تنسب للشخص المعنوى ذاته ، بالرغم من أنها عملا تقع من جانب القائمين على ادارته . فاذا أدت هذه الأخطاء الى الاضرار بالغير ، تعينت مساءلة الشخص المعنوى مدنيا

---

(١٥٥) راجع فى كيفية التعبير عن ارادة الشخص المعنوى فى خصوص الجمعيات والنقابات المهنية والشركات ، جوجلار المرجع السابق ص ٦٣٥ ــ ٦٣٦ بند ٦١٥ .

(١٥٦) بيفلان ــ لانور ص ٩٥ .

عنها طبقا للقواعد العامة (١٥٧) .

بل ان المشرع الفرنسى ، وكذلك القضاء ، يسلم بامكان أن يساءل الشخص المعنوى جنائيا فى بعض الحالات (١٥٨) ، وهو ما يفترض أن يكون الشخص المعنوى قد ارتكب جريمة . وان كانت طبيعية هــذا الشخص لا يتصور معها أن تكون العقوبة سوى غرامة مالية توقع عليه ، أو بالأكثر حله كلية ووقف نشاطه (١٥٩) .

(جـ) حق الشخص المعنوى فى التقاضى :

٢٧٢ – ويبقى – فى هذا الخصوص – أن نشير الى أن مقتضى ثبوت الأهلية للشخص المعنوى يجعـل له – بداهة – حق التقــاضى . فيمكنه أن يرفع الدعاوى على الغير ، كما يمكن أن يرفع الغير الدعاوى عليه . ومع ذلك فقد حرص المشرع المصرى على النص على هذا الحق صراحة فى المــادة ٢/٥٣ حـ مدنى .

بل ان المشرع الفرنسى يعترف لبعض الأشخاص المعنوية (كالنقابات) بالحق فى التقاضى للدفاع عن « المصالح الجماعية للمهنة » (١٦٠) ولو كان الشخص المعنوى لا يجمع كل أعضاء هذه المهنة . بل انه يعترف لبعض الجمعيات بالحـق فى الدفاع عن المصالح العــامة التى تتجــاوز مصالح أعضائها ، فللجمعيات الأسرية – بصفة خاصــة – الحق فى التصــدى

---

(١٥٧) راجع نقض فرنسى فى ١٩٦٧/٧/١٧ مشار اليه فى جوجــلار ص ٦٣٧ هـ ٨ .

(١٥٨) راجع بيفلان – لانور ص ٩٤ .

(١٥٩) وفى فرنسا صـــدر فى ٥ مايو ١٩٤٥ قرار « يدين أجهــزة الصحافة لتعاونها مع العدو » .

(elle vise les entreprises de presse "coupable" de collaboration avec l'ennemi).

جوجلار ص ٦٣٨ بنــد ٦١٦ .

(١٦٠) راجع فى هــذا الشأن كاربونييه المرجع السابق ص ٢٩٢ – ٢٩٣ بند ٨٢ .

« للأعمال التى من شأنها الاضرار بالمصالح الأدبية والمادية للأسر » (١٦١) .
ويميل الاتجاه فى الوقت الحاضر ، فضلا عما تقدم ، الى اعطاء الجمعيات الحق فى أن « تحصل على تعويض عن الضرر الذى يصيب المصالح المشتركة لأعضائها » (١٦٢) . بل ان البعض لم يتردد فى تأكيد أن للشخص المعنوى « كرامة » واعتبارا ، منفصلة عن كرامة واعتبار أعضائه ، تعطيه الحق فى التقاضى دفاعا عنها ، وتأكيدا لوجوب احترامها (١٦٣) ، (١٦٤) .

رابعا : نهاية الشخصية المعنوية :

٢٧٣ ـ وحياة الشخص المعنوى تنتهى ـ كذلك ـ كحياة الشخص الطبيعى ، وان بدت ـ مع ذلك ـ فوارق هامة بين هذا وذاك ، من حيث تعدد الأسباب التى يمكن أن تنتهى بها الشخصية المعنوية ، وفى امكان أن يحدد الشخص المعنوى مدة حياته مقدما ، بل وأن يجدد عمره مرة أخرى ، بمد الأجل الذى كان محددا له (١٦٥) . كما أن حياة الشخص المعنوى ليست دائما ملكا لشخص واحد ، ومن ثم فان مصيره ـ فى بعض الأحيان ـ تقرره ارادة الأغلبية .

غير أنه مع تنوع وتعدد الأسباب التى يمكن أن تؤدى فى النهاية الى انتهاء الشخصية المعنوية ، الا أن الشخص المعنوى لا يزول ـ فى الواقع ـ

---

(١٦١) جوجلار ص ٦٣٧ بند ٦١٦ ؛ وراجع كذلك

HEBRAUD (p) et RAYNAUD (p). jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé R. T 1967. p. 860 No. 2 par HEBRAUD.

et R. T 1971 p. 407 ets spèc p. 408-409 No. 3 par HEBRAUD.

(١٦٢) جوجلار الاشارة السابقة .

(١٦٣) راجع كاربونييه ص ٢٩٢ بند ٨٢ .

(١٦٤) لمزيد من التفاصيل فى حق الشخص المعنوى فى التقاضى ، وموقف القضاء الفرنسى من هذه المسألة راجع : جوجلار ص ٦٤٢ـ٦٥١ ، كاربونييه ص ٢٨٨ ، ٢٨٩ بند ٨١ .

(١٦٥) راجع فى امكان اطالة حياة الشخص المعنوى من طريق مد أجله : نقض فرنسى ١٨٩٣/١/٢٤ ؛ ١٩٣٧/١١/٣ مشار اليهما فى مارتى ورينو هـ ١ ص ٩٢٨ ، وان كان يشترط الا يدخل تعديل جوهرى على نظام الشخص المعنوى الذى يجرى مد أجله .

بمجرد توافر أحد هــذه الأسباب ، وانما فقط ينحل ، ليبقى بعد ذلك ــ وان كان فاقد القدرة على النشاط ــ الى أن تتم تصفية أمواله لصالح دائنيه (١٦٦) • وفى الفترة التى يبقى فيهـا الشخص المعنوى بعد انحلاله والى حين تصفيته التى تؤدى بالفعل الى زواله ، يقترب الشخص المعنوى من الفكرة القائلة بأن الشخص الطبيعى المتوفى يفترض بقاؤه حيا وتبقى له ذمته على حكم كونه كذلك ، الى أن تتم تصفية ديونه •

٢٧٤ ــ وتتنوع الوسائل التى يتم بها حل الشخص المعنوى :

١ ــ فقد يقع هذا الحل بقوة القانون ، أى دون حاجة الى حكم قضـائى أو قرار ادارى • فاذا حل ــ على سبيل المثال ــ الأجل الذى حددته اللوائح عمرا للشخص المعنوى ، انتهى هذا الأخير بحلوله • كما أنه ينتهى كذلك اذا تحقق بشكل نهائى الغرض الذى أنشىء من أجله هـذا الشخص (١٦٧) • كمـا قضت ــ بالمقابلة ــ بعض المحاكم الفرنسية بأن الجمعية تعتبر منحلة اذا اتضح بشكل نهائى عجزها عن تحقيق الهـدف الذى أنشئت من أجله (١٦٨) • كذلك حـين يتمثل الشخص المعنوى فى مجموعة من الأشخاص يتضامنون فيما بينهم على أسـاس من الاعتبار الشخصى لكل منهم ، كما هو الحـال مثلا فى شركات التضـامن ؛ فان الشخص المعنوى ينحل بقوة القـانون بوفاة أى من هؤلاء الأشخاص أو فقده لأهليته •

٢ ــ وقـد ينحل الشخص المعنوى بحكم قضـائى • ومثال ذلك ما تعترف به المـادة ١٨٧١ مدنى فرنسى للقضـاء من سلطة حل الشركة

---

(١٦٦) راجـع فى هـذا المعنى جوجلار المرجع السـابق ص ٦٣٩ بند ٦١٨ .

(١٦٧) ويمثل البعض لذلك بما لو انشئت شركة بقصـد استغلال منتجات محجر ، وتم استخراج كل هذه المنتجات . راجع جوجلار ص.٦٤٠ بند ٦١٨ .

(١٦٨) راجع حـكم استئناف رن فى ١٩٦٩/١٠/٨ مشـار اليه فى جوجلار ص ٦٤٠ هـ ٢ . وفى مصر اناطت المـادة ٥٧ من مرسوم بقـانون ٣٨٣ لسنة ١٩٦٦ ، بوزير الشئون الاجتماعية حل الجمعية بقرار استنادا الى هذا السبب .

لأسباب مبررة ، كما لو طرأ من الظروف مثلا ما يتضح منه أن ممارسة الشخص المعنوى لنشاطه بشكل طبيعى قد أصبح مستحيلا (١٦٩) ، أو باشرت النقابة أو الجمعية نشاطا غير مشروع (م ٧ من قانون ١ يولية ١٩٠١ الفرنسى ، م ٤١١—٩ من قانون العمل الفرنسى (١٧٠) .

٣ — وقد ينحل الشخص المعنوى بقرار ارادى ، يتخذه — بارادتهم — المنشئون مجتمعون أو بأغلبية معينة وفق النظام المحدد لهذا الشخص . وقد يفرض عليهم هذا الحل بقرار ادارى ، كما لو ارتكبت الجمعية ، فى مصر مخالفة جسيمة للقانون أو للنظام العام أو الآداب (١٧١) . وفى فرنسا خول قانون ١٠ يناير ١٩٣٦ الحكومة الحق فى حل الأشخاص المعنوية التى كانت تهدف الى الاضرار بسلامة الأراضى الوطنية أو تلك التى تتعدى بالقوة على الشكل الجمهورى للدولة ، وهو ما رأى فيه بعض الشراح هناك « سلاحا سهلا لضرب الحكومة خصومها السياسيين فى الخفاء » (١٧٢) (١٧٣)

---

(١٦٩) راجع فى هذا الصدد جوجلار ص ٦٣٩ بند ٦١٨ .

(١٧٠) أما فى مصر فان ارتكاب الجمعية لمخالفة جسيمة للقانون أو للنظام العام أو الآداب ، يجعل لوزير الشئون الاجتماعية حل الجمعية بقرار منه (م ٥٧ من مرسوم بقانون ٣٢ لسنة ١٩٦٤) .

(١٧١) ويمثل البعض فى فرنسا ، لذلك أيضا ، بسحب الحكومة للشخصية الاعتبارية التى سبق أن منحتها للشخص الطبيعى . راجع جوجلار ص ٦٤٠ بند ٦١٨ ؛

(١٧٢) "Une arme commode pour rejeter des adversaires politiques dans la clandestinité".

راجع فى تفاصيل امكان حل الجمعيات والتجمعات السياسية بمرسوم ، وفقا لقانون ١٠ يناير ١٩٣٦ فى فرنسا :

PEISER : la dissolution par décret des associations et groupements politiques fra-çais D 1963 chr p. 59—66.

(١٧٣) لمزيد من التفاصيل فى أسباب انتهاء الشخصية المعنوية فى القانون الفرنسى راجع : جوجلار ص ٦٣٩ — ٦٤٠ بند ٦١٨ ؛ مارتى ورينو ص ٩٢٨ ، ٩٢٩ بند ٨٢٥ ؛ كاربونييه ص ٢٩٤ ، ٢٥٩ بند ٨٣ ؛ بيفلان — لانور ص ٩٥ ؛ ليجيا ، المرجع السابق ص ٥ بند ٤٢ — ٤٩ .

المطلب الثانى

انواع الأشخاص المعنوية (١٧٤)

تقسيم : وتنقسم الأشخاص المعنوية الى نوعين :

أشخاص معنوية عامة ، تعتبر لذلك من أشخاص القانون العام ، وتخضع بالتالى لأحكامه • وأشخاص معنوية خاصة ، تعتبر لذلك من أشخاص القانون الخاص ، وتخضع بالتالى لأحكامه (١٧٥) •

الفرع الأول

الأشخاص المعنوية العامة

٢٧٥ — تقضى المادة ٥٢/١ مدنى بأن :

« الأشخاص الاعتبارية هى : ١ — الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية » •

ويتضح من هذا النص أن الأشخاص الاعتبارية العامة هى :

١ — الدولة : وتأتى — كما هو واضح من النص — على رأس الأشخاص المعنوية جميعا • وهى السلطة صاحبة السيادة على الاقليم ، والتى تهيمن على جميع مصالح الأمة •

---

(١٧٤) راجع فى انواع الأشخاص المعنوية فى القانون الفرنسى ، جوجلار ص ٦٢٣ وما بعدها ؛ شيفالييه ص ٢٤ وما بعدها ؛ كاربونييه ص ٢٧١ وما بعدها ؛ بيفلان — لانور ص ٩٢ وما بعدها .

(١٧٥) واذا كانت أشخاص القانون الخاص تتميز عن أشخاص القانون العام بأنها « تتجه الى أهداف غير الأهداف الجماعية العامة » الا أن الفارق بينهما — كما يلاحظ بعض الشراح — قد يدق أحيانا ، « فالمستشفى الخاص منشأة خيرية تتجه تماما الى ذات الهدف » الذى تتجه اليه المستشفى العام كمنشأة عامة . راجع جوجلار ص ٦٢٣ بند ٦٠٣ .

٢ - « المديريات » والمدن والقـرى « بالشروط التى يحـددها القانون » • على أن يلاحظ أنه بعد اعلان الحكم المحلى ، فان المحافظات قد حلت محل « المديريات » التى ورد ذكرها فى النص السابق •

هـذا وتكتسب الدولة ، وكذلك المحافظات والمدن والقرى متى نشأت هـذه الأخيرة وفق الشروط التى يحددها القـانون ، الشخصية الاعتبارية بقوة القانون ، دون حاجة - كما سبق أن ذكرنا فى موضـع سابق - الى نص تشريعى خاص يمنحها هذه الشخصية •

٣ - « الادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة » • ويقصد بهذه الاضافة ، أن الشخصية الاعتبارية يمكن أن تثبت ، فضلا عن الدولة والوحدات الادارية التابعة لها ، لأية هيئة أو مصلحة عامة يرى المشرع ضرورة منحها شخصية اعتبارية ، حتى تحظى باستقلال يمكنها من أداء الغرض الذى أنشئت من أجله • ومن الأمثلة البارزة لها ، الجامعات التى هى بحاجة - بحق - الى الاستقلال المـالى والادارى الذى يمكنها من تحقيق غرضها على أكمل وجه •

على أن يلاحظ ، كما سبق أن ذكرنا ، أن هذه الادارات والمصالح وغيرها من المنشـآت العـامة ، لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية بمجرد نشوئها وبقوة القانون ، وانما يلزم أن يعترف لها المشرع بهذه الشخصية بموجب نص خاص •

الفرع الثانى

الأشخاص المعنـوية الخاصة

وهى تعتبر - كما ذكرنا - من أشخاص القانون الخاص ، وتخضع بالتالى لأحكامه • وقـد اعترف المشرع فى المجموعة المدنية بالشخصية الاعتبارية لمجمـوعتين من الأشخاص همـا : الشركات والجمعيـات ، ولمجموعتين من الأموال هما : المؤسسات الخاصة ، والأوقاف •

اولا : الشركات :

٢٧٦ — ورد تعريف الشركة فى المـادة ٥٠٥ مدنى بأنها : « عقـد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصته من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » •

ويتضح من هـذا التعريف :

١ — أن الشركة جماعة من الأشخاص لا يقل عددها — بداهة — عن شخصين •

٢ — أن هذه الجماعة تسهم فى مشروع مالى ، حين يقدم كل مساهم حصته فى ذلك المشروع من مال أو من عمل •

٣ — أن هذه الجماعة تسعى — بمشروعها — الى تحقيق ربح مالى • ولعل هذا هو ما يميز الشركة عن الجمعية كما سنرى فيما بعد •

٤ — ان ارادة المساهمين قـد انعقدت على أن يتحمـل كل منهم بنصيبه فى خسـارة الشركة تماما كما يحصل على نصيبه فى مكسبها • وبالتالى ، يبطل عقد الشركة نفسه ، اذا تضمن ما يفيد أن أحد الشركاء يساهم فى الربح دون الخسارة •

نوعا الشركات :

٢٧٧ — والشركات — فى اطار غرضها المـادى الذى تسعى الى تحقيقه — قد تكون شركات تجارية وقد تكون شركات مدنية ، وذلك وفقا للطبيعة القانونية للأعمال التى تقوم بها •

فالشركة تعتبر تجارية اذا كانت تحترف القيام بأعمال تعتبر تجارية وفقا لنصـوص المجموعة التجارية • كما أنها تعتبر مدنية ، اذا كانت

تحترف القيام بأعمال مدنية (هى سائر الأعمال ـ ذات الغرض المالى مما لا يصدق عليها وصف العمل التجارى) .

هذا وتخضع الشركات المدنيـة للأحكام الواردة لعقد الشركة فى المجموعة المدنية (وهى المواد من ٥٠٥ الى ٥٣٧) بينما تخضع الشركات التجارية ، فضلا عن هذه الأحكام ، الى الأحكام الخاصة بها فى المجموعة التجارية (وهى المواد من ١٩ : ٦٥ من المجموعة التجارية) .

انواع الشركات التجارية :

٢٧٨ ـ والشركات التجارية ، تتنوع ـ بدورها ـ الى الأنواع التاليـة :

أ ـ شركة التضامن :

وفيها يكون الشركاء جميعا مسئولون على وجه التضامن عن ديون الشركة فى جميع أموالهم . ويقصـد بمسئولية جميع الشركاء على وجه التضامن وفى جميع أموالهم ، أن دائن الشركة ، اذا لم تكف أموالهـا للوفاء بحقه ، يمكنه أن يختار أى شريك للرجوع عليه بكل الدين ، وفى ذمته المـالية الشخصية ، حين يكون للشريك الذى أوفى أن يرجع ـ وفقا للقواعد العامة ـ على باقى الشركاء كل بنسبة حصته فى الدين .

ب ـ شركة التوصية البسيطة :

وهى تتألف من نوعين من الشركاء :

شركاء متضامنون ، هم مسئولون على وجـه التضـامن عن ديون الشركة فى جميع أموالهم .

شركاء موصون ، ومسئولية كل منهم عن ديون الشركة محـدودة بقـدر حصته التى قدمها للشركة .

جـ ـ شركة المساهمة :

وتتميز بانقسام رأس مالها الى أسهم متساوية وقابلة للتداول • كما أن الشريك المساهم فيهـا لا يسأل عن ديون الشركة الا بقدر ما له من أسهم فيها •

د ـ شركة التوصية بالأسهم :

وهى تتألف من نوعين من الشركاء :

شركاء متضامنون : وهم مسئولون على وجه التضامن عن ديون الشركة فى جميع أموالهم •

شركاء مساهمون : ومسئولية كل منهم عن ديون الشركة محدودة بقدر ما له من أسهم فيها •

هـ ـ الشركة ذات المسئولية المحدودة :

وتتألف هذه الشركة من خمسين شريكا على الأكثر ، لا يكون كل منهم مسئولا عن ديون الشركة الا بقدر حصته • هذا ولا يجيز القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ الذى استحدث هذا النوع من الشركات ، تأسيس هذه الشركة عن طريق الاكتتاب العـام كما لا يجيز لهـا اصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول •

ثانيا : الجمعيـات :

تنظيمها التشريعى :

٢٧٩ ـ كانت المجموعة المدنية تتضمن (فى المواد من ٤٣ : ٦٨) التنظيم التشريعى للجمعيات • ولكن هـذه النصوص ألغيت بالقـانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، الذى ألغى بدوره بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ • وقـد أوجب هـذا الأخير ، فى المـادة الثانية منه ، على

الجمعيات التى كانت قائمة وقت العمل به ، أن تعـدل من نظامها ، وأن تطلب شهرها بالتطبيق لأحكامه ، وذلك « خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به والا اعتبرت منحلة بحكم القانون » •

تعريف الجمعية وتمييزها عن غيرها

٢٨٠ — وقد ورد تعريف الجمعية فى المـادة الأولى من المرسوم بقانون سابق الذكر بأنهـا « جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة ، تتألف من أشخاص طبيعيين لا يقـل عـددهم عن عشرة أو من أشخاص اعتبارية ، لغرض غير الحصول على ربح مادى » •

ويتضح من هذا التعريف :

١ — ان الجمعية جماعة من الأشخاص ، وان كانت تختلف فى ذلك عن الشركة ، من حيث اشتراط النص ألا يقـل عدد هؤلاء الأشخاص ، ان كانوا من الأشخاص الطبيعيين ، عن عشرة ، حين تجيز المـادة ٥٠٥ مدنى كما سبق أن ذكرنا ، أن تتكون الشركة من شخصين •

٢ — ان هـذه الجماعة يضـمها تنظيم مستمر « لمدة معينة أو غير معينة » • وهذا الاشتراط هو الذى يميز الجمعية — فى الواقع — عن الاجتماعات العرضية أو الوقتية •

٣ — ان الغرض الذى تسعى اليه الجمعية — بموجب صريح هـذا النص — هو غرض غير الحصول على ربح مادى (كالبر بالمحتاجين مثلا ، أو البحث العلمى ••• الخ) ، وفى ذلك أهم ما يميز الجمعية عن الشركة التى تسعى — كما سبق أن ذكرنا — الى غرض مالى • على أنه يلزم حتى نكون بصدد شركة وليس جمعية ، «أن يكون هناك تقسيم للأرباح» (١٧٥)

---

(١٧٥) "répartition de bénéfices faits en commun"
راجع حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٩١٤/٣/١١ مشار اليه فى جوجلار ص ٦٢٥ بند ٦٠٥ •

التى يحققها الشخص المعنوى على أعضاء هذا الشخص • وبالتالى ، فليس يكفى فى هذا الشأن أن يحقق بعض أعضــاء تجمع من الأشخاص فائدة مالية شخصية من وراء تكوينهم أو انضمامهم للشخص المعنوى حتى يقال بأن هناك شركة • فالنقابات المهنية ــ مثــلا ــ تحمى المصالح الشخصية الخاصة بأعضائها فى الوقت الذى تدافع فيه عن مصالح المهنة عامة ، ومع ذلك فانها لا تشكل شركة ، لأنهــا لا تحقق أرباحا مما يجب اقتسامه بين أعضائهــا • كذلك فان الجمعية التعاونية لبناء المساكن لأعضــاء هيئــة التدريس بجامعة القاهرة ــ مثلا ــ لا تعتبر شركة ، مع أنها تسهل لبعض أعضائها عملا تملك مساكن بتكاليف أقل ، أى أن العضو المشترك يمكن القول بأنه يحقق فائدة شخصية ، ومع ذلك فاننا لا نكون بصدد شركة • وعلى أية حال فانه مع التطور الاقتصادى قد تنشأ أشخاص معنوية يصعب تصنيفها ضمن طائفــة الشركات أو الجمعيات • ففى فرنسا ــ مثلا ــ أضفيت الشخصية المعنوية سنة ١٩٦٧ على نمــوذج جديد من تجمعات الأشخاص وسطا بين الشركة والجمعية ، يقولون له « المجمــوعة ذات المصلحة الاقتصادية » le groupement d'interét économique(١٧٦)

شروط انشــاء الجمعية

٢٨١ ــ هذا وقد استوجب المرسوم بقانون سابق الذكر لانشاء الجمعية ، ضرورة توافر عدة شروط ، يمكن تصنيفها وتلخيصها على النحو التالى :

١ ــ من حيث المؤسسين :

اشترط المرسوم بقانون سابق الذكر لانشــاء الجمعية ، فى مادته الثالثة ، ألا يشترك فى تأسيسها ، أو ينضــم الى عضــويتها « أى من الأشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية الا بتصريح من الجهة الادارية المختصة » •

---

(١٧٦) راجع فى هــذا النوع الجديد من الأشــخاص المعنوية ، وفى صــعوبة التفــرقة بين الشركة والجمعية بوجــه عام ، جوجلار ص ٦٢٥ بند ٦٠٥ •

ب — من حيث نظام الجمعية :

تستوجب المـادة الثالثة من نفس المرسوم ، أن يوضـع للجمعية « نظام مكتوب موقع عليه من المؤسسين » ، على أن يشمل هذا النظام — على الأخص — البيانات التـالية :

١ — اسم الجمعية ونوع وميدان نشاطها ونطاق عملهـا الجغرافى ومركز ادارتها .

٢ — اسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وجنسيته ومهنته ومحل اقامته .

٣ — موارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها .

٤ — الأجهزة التى تمثل الجمعية واختصاصات كل منها ، وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم أو اسقاط أو ابطال عضويتهم ، والنصـاب اللازم لانعقاد الجمعية العمومية ومجلس الادارة .

٥ — نظام الجمعية وشروطها وحقوق الأعضـاء وواجباتهم ، وعلى الأخص حق حضور الجمعية العمومية والتصويت فيها .

٦ — نظام المراقبة المـالية .

٧ — كيفية تعـديل نظـام الجمعية وكيفية ادماجهـا أو تكوين فروع لهـا .

٨ — قواعد حل الجمعية والجهة التى تؤول اليها أموالها .

ج — من حيث غرض الجمعية وحدود نشاطها :

لمـا كانت الأغراض غير المـالية للجمعيات قد تتنوع ، بما يخشى معه أن يمارس بعضها من النشاط ما قد يضر بسـلامة البلاد ، كان من الواجب — بداهة — أن يكون غرض الجمعية مشروعا لا مخالفة فيه

للنظام العام أو الآداب ، والا كانت باطلة • وقد حرص المشرع فى المـادة الثانية من المرسوم بقانون سابق الذكر ، أن يشير بوجه خاص ، لنوع من الأغراض غير المشروعة يحظر على الجمعيات ممارستها ، وهى الأغراض التى تمس « بسلامة الجمهورية أو بشكل الحكومة الجمهورى أو نظامها الاجتماعى » •

كما أنه خشية من أن تصبح الجمعية خطرا على الدولة ، فقد عنى المشرع برسم حدود واضحة لنشاط الجمعيات ، يجب ألا تتعداها • فكان من أهم ما حظره عليها فى المرسوم بقانون سابق الذكر :

١ — « أن تعمل فى أكثر من ميدان واحد من الميادين التى تحددها اللائحة التنفيذية الا بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة وموافقة الجهـة الادارية المختصة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص » م/٧ •

٣ — أن تنفق أموالها فى غير ما يحقق أغراضها • م/١٩ •

٤ — أن تدخل فى مضاربات مالية • م/٢٠ •

٥ — « أن تنتسب أو تشترك أو تنضم الى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية العربية المتحدة قبل ابلاغ الجهة الادارية المختصة بذلك وانقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الابلاغ دون اعتراض منها » م/٢٣ •

٦ — « أن تحصل على أموال من شخص أجنبى أو جهة أجنبية » م/٢٣ •

٧ — « أن تباشر نشاطها خارج نطاق المحافظة التى بهـا مقرها الرئيسى الا عن طريق فروع تنشأ وتشهر طبقا لأحكام القانون » •

د — من حيث ضرورة الشهر :

هذا وتشترط المـادة / ٨ من المرسوم بقانون سابق الذكر ، حتى تثبت الشخصية الاعتبارية لجمعية ، ضرورة شهر نظامها ، وذلك كماتقضى

المـادة / ١٠ من نفس المرسوم ، بقيد ذلك النظام « فى السجل الخاص المعد لذلك » .

على أن المـادة /١٢ من نفس المرسوم ، قد أجازت « للجهة الادارية المختصة ، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، حق رفض شهر نظام الجمعية » ، فى الحالات الآتية :

١ — « اذا كانت البيئة فى غير حاجة الى خدماتها لوجود جمعيات أخرى تسد حاجة البيئة فى ميدان النشاط المطلوب » .

٢ — اذا كان انشاؤها « لا يتفق مع دواعى الأمن أو لعدم صلاحية المكان من الناحية الصحية أو الاجتماعية » .

٣ — اذا كانت الجمعية « قد أنشئت بقصد احياء جمعية أخرى سبق حلهـا » .

كذلك أوجبت المـادة / ١٥ من نفس المرسوم ، شـهر كل تعديل فى نظام الجمعية والا اعتبر كأن لم يكن .

الرقابة على الجمعيات :

٢٨٢ — وفضلا عما رسمه المرسوم سابق الذكر من حدود لنشاط الجمعية ، فان أعمال الجمعيات تخضع ، وفقا للمـادة / ٢٧ منه ، لرقابة الجهة الادارية المختصة ، التى تقوم — عن طريق مفتشين تعينهم لهـذا الغرض — بفحص هذه الأعمال ، للتحقق من مطابقتها للقوانين . وكذلك فحص نظام الجمعية وقرارات جمعيتها العمومية .

وقد أجازت المـادة / ٣٣ من نفس المرسوم للجهة الادارية المختصة « وقف تنفيـذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية يكون مخالفا للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام » .

بل أكثر من ذلك ، أجيز للجهة الادارية المختصة « أن تقرر ادماج أكثر من جمعية تعمل لتحقيق غرض متماثل أو توحيد ادارتها أو تعـديل

أغراضها تبعا لاحتياجات البيئة أو لتحقيق التناسق بين الخدمات التى تؤديها أو لغير ذلك من الأسباب التى تراها كفيلة بحسن تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله » .

بل ولوزير الشئون الاجتماعية ، أن يحل الجمعية ذاتها ، بقرار مسبب ، اذا توافر أحد الأسباب المنصوص عليها فى المادة / ٥٧ من المرسوم السابق ، وهى :

١ — عجز الجمعية عن تحقيق الأغراض التى أنشئت من أجلها .

٢ — تصرف الجمعية فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقا لأغراضها .

٣ — تعذر انعقاد الجمعية العمومية للجمعية مدة عامين متتاليين.

٤ — ارتكاب الجمعية مخالفة جسيمة للقانون أو للنظام العام أو الآداب .

ثالثا : المؤسسات الخاصة :

تعريفها وتمييزها عن غيرها :

٢٨٣ — وفقا للمادة/٦٩ من نفس المرسوم السابق الاشارة يمكن تعريف المؤسسة الخاصة بأنها : مجموعة من الأموال تخصص لمدة غير معينة ، وذلك لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون قصد الى ربح مادى .

ويخلص من هذا التعريف :

١ — ان المؤسسة الخاصة ، على العكس من الشركة أو الجمعية ، مجموعة من الأموال وليست جماعة من الأشخاص .

٢ ــ ان هذه المجموعة من الأموال قد خصصت لغرض عام ، هو عمل من أعمــال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العــام ، وفى ذلك ما يميز المؤسسة الخاصــة عن الشركة ، وما قــد يميزها فى بعض الأحيان عن الجمعية •

فالشركة ــ كما ذكرنا ــ تســعى الى تحقيق ربح مالى ، حين أن غرض المؤسسة ليس غرضا ماليا • كما أن الجمعية بدورها ، قد يكون غرضها خاصا فى بعض الأحيان ، أى مقصورا على أعضائها دون سواهم ، حين أن غرض المؤسسة فى جميع الأحوال يتعين أن يكون غرضا عاما •

٣ ــ أن تخصيص هذه المجموعة من الأموال لخدمة الغرض العام ، يتعين أن يكون بموجب صريح المــادة ٦٩ سابقة الذكر ، لمدة غير معينة •

شهر المؤسسات الخاصة :

٢٨٤ ــ هذا ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للمؤسسات الخاصة ، وفقا لصريح نص المــادة / ٧٤ من نفس المرسوم ، الا اذا أشهر نظامها طبقا للاجراءات المقررة لشهر الجمعيات •

الرقابة على المؤسسات الخاصة :

٢٨٥ ــ كذلك ، وكما هو الحال فى الجمعيات ، تخضع المؤسسات الخاصة فى مباشرة نشاطها الى الرقابة عليها من الجهة الادارية المختصة •

رابعا : الأوقاف :

تعريف الوقف :

٢٨٦ ــ يعرف فقهاء الشريعة الاسلامية الوقف بأنه حبس العين على حكم ملك الله والتصدق فى الحال أو المــآل بمنفعتها على الفقراء •

٢٨٧ ــ فاذا كانت العين قد أوقفت ــ منذ البداية ــ على جهة بر ، سمى الوقف فى الاصــطلاح القانونى ، بالوقف الخيرى • وهو بهــذا الشكل ، وبحكم كونه مجموعة من الأموال رصدت لتحقيق نفع عام ،

يمكن أن يقترب كثيرا من المؤسسات الخاصة . ومع ذلك ، فانه يظل وفقا للمادة / ٨٢ من المرسوم بقانون سابق الذكر ، مستقلا فى نظامه القانونى عنها . اذ تقضى هذه المادة صراحة بأنه « لا تسرى الأحكام الخاصة بالمؤسسات الواردة فى هذا القانون على ما أنشىء منها بطريق الوقف » .

أما اذا كانت العين قد أوقفت فى البداية لصالح شخص أو أشخاص معينين ، على أن يؤول الوقف فى النهاية الى جهة بر لا تنقطع ، سمى الوقف فى الاصطلاح القانونى بالوقف الأهلى . وهو — على العكس من سابقة — لا يقترب من فكرة المؤسسات الخاصة ، مادام أن الغرض الأول منه هو رعاية صالح خاص . على أن يلاحظ أن هذا النوع من الوقف قد ألغى بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فأصبح من غير الجائز منذ ذلك التاريخ الوقف الا على الخيرات فقط .

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للشخص المعنوى

تقسيم :

ويبقى من بعد كل ما تقدم — محاولة القاء الضوء على طبيعة الشخص المعنوى . ونلفت النظر — منذ البداية — الى أن الجدل المحتدم حول هذه الطبيعة تمتد جذوره الى ما وراء قرن مضى من الزمان ، ولا يزال يترك صداه حتى يومنا الحاضر . وهكذا فاننا — فى هذا الموضع — انما نقتصر على مجرد القاء الضوء على بعض النظريات التى قيلت فى هذا الشأن . أما تعقب هذا الجدل فى كل تفاصيله ، وصولا الى تحديد دقيق لطبيعة الشخص المعنوى ، فانه يترك لدراسات متخصصة يستأهلها .

وأولى النظريات التى قيلت فى هذا الشأن هى ما تعرف — لدى الشراح — بنظرية الافتراض أو الوهم . ونحن نبدأ بها عرض مختلف النظريات التى قيلت فى طبيعة الشخص المعنوى ، فلم تكن

النظريات الأخرى فى حقيقة الأمر الا انعكاسا لهذه النظرية التقليـدية ، وان كان انعكاسا فى اتجاهات مضادة • فعلى حين ــ مثلا ــ ظهرت على أثر هذه النظرية ، نظرية أخرى تنكر وجود الشخص المعنوى كليـة ، رأت نظرية ثالثة ، على النقيض تماما ، فى الشخص المعنوى حقيقة • وبعض أنصار هذا الاتجاه الأخير وصلوا الى حد القول بأن حقيقة هذا الشخص، كحقيقة الشخص الطبيعى تماما ، حقيقة عضوية بيولوجية ، حين اكتفى البعض الآخر بأن رأى فيها مجرد حقيقة فنية ، وفيما بين هـذا وذاك ، أخذ البعض بفكرة الحقيقة النفسـية أو الارادية ، وذلك على التفصيل التـالى :

أولا : نظرية الافتراض (الوهم) (١٧٧)

Théorie de la fiction

٢٨٨ ــ ترجع جذور هذه النظرية الى الفقة الكنسى فى العصور الوسطى • ذلك الفقه الذى كان يرى اذ ذاك فى الشخص المعنوى مجرد كيان نظرى être idéal (١٧٨) • ثم تبلورت بعد ذلك على يد الفقيه الألمـانى سافينى الذى تناولهـا فى أول عرض منهجى منظم فى النصف الأول من القرن التاسع عشر • ثم تلقفها من بعده شراح القانون الفرنسى فى هذه الآونة ، من أنصار مدرسة الشرح على المتون • ومن ثم فلم يكن غريبا أن يجعل هؤلاء الشراح من انشاء الشخص المعنوى وقفا على ارادة المشرع المطلقة ، ما دام أن الأمر يتعلق بانشاء كيانات وهمية ، بما يتضمنه ذلك من ضرورة تطويع حقائق الأمور لتستجيب لهذه الأفكار المختلقة ، ولا يقوى على هذا التطويع سوى المشرع (١٧٩) •

---

(١٧٧) راجع فى العرض التفصيلى لهذه النظرية ، وما تستند اليه من حجج ، وما يمكن أن يؤخذ عليها : كاربونييه ، المرجع السـابق ص ٢٩٨ وما بعدها بند ٨٥ ؛ جوجلار المرجع السابق ص ٦٠٥ بنـد ٥٩٣ ؛ مارتى ورينو المرجع السابق ص ٩١٤ وما بعدها بند ٨١٩ ؛ حسن كيرة (١٩٧١) ص ٦٢٢ وما بعدها بند ٣١٩ .

(١٧٨) أو : corpus mysticum راجع كاربونييه ص ٢٩٩ بند ٨٥ .

(١٧٩) راجع فى التطور التاريخى لهذه النظرية ، كاربونييه ص ٢٩٩ بند ٨٥ .

٢٨٩ ـ ونقطة البداية فى هذه النظرية ، أن الشخصية الحقيقية تفترض وجودا عضويا جسميا لا يوجد الا فى الكيان الانسانى . ذلك الكيان الحى الذى يملك من الادراك والوعى والشعور ما يمكن معه توجيه الخطاب التشريعى اليه ، أو فى عبارة أخرى أن يتمتع بالأهلية ، وان تثبت له ـ من ثم ـ الحقوق . خاصة وأن الحق (عند أنصار هذه النظرية) هو قدرة ارادية ، ولا يتمتع بهذه القدرة الارادية الا بنى الانسان (١٨٠) .

ومع ذلك فان المشرع يمكنه أن يوسع من صفة صاحب الحق ، ويضفيها على أشخاص وهميين . ومن ثم فان الشخص المعنوى ـ عندهم ـ لا يعدو أن يكون كائنا صناعيا ، من صنع المشرع نفسه ، صنعه وأسبغ عليه الشخصية القانونية تمكينا له من أداء غرض معين فى المجتمع . فهو مجرد افتراض لجأ اليه المشرع لتصبح مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال صالحة لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات ، وقادرة ـ بالتالى ـ على تحقيق أغراض قد يعجز عن تحقيقها ذو الشخصية القانونية من بنى الانسان . فكأن أثر هذا الخلق يقتصر ـ فى الواقع ـ على انشاء كيان ذا ذمة مالية مستقلة ، حتى يمكنه أن يباشر نشاطه ، بما يتفرع على هذا النشاط من حقوق والتزامات . وما كان المشرع ـ بالتالى ـ بقادر على أن يضفى على هذا الكيان الصناعى بقية المقومات الانسانية ، كالقدرة على الحس والشعور والارادة . ومن هنا كان لابد للشخص المعنوى الناشىء من نائب قانونى ، هو شخص انسانى ، يعبر عن ارادته .

٢٩٠ ـ وهكذا فان أنصار هذه النظرية يصورون الشخصية المعنوية على أنها تفضل من المشرع Une faveur du législateur

---

(١٨٠) أو كما عبر اهرنج : "le destinataire de tout droit c'est l'homme" مشار اليه فى جوجلار ص ٦٠٥ بند ٥٩٣

(١٨١) أو كما عبر اهرنج : « قناعا » أو أداة يمكن بواسطتها « تسيير علاقات التجمع مع الغير » مشار اليه فى جوجلار ص ٦٠٥ بند ٥٩٣ .

بما يتفرع عليه من أن يكون هذا الأخير ، سيد هذا الخلق ، مطلق الحرية فى منح أو رفض هذه الشخصية • وهى — ولا شك — نتيجة خطيرة ، من أبرز المآخذ التى يمكن أن تؤخذ على هــذه النظرية التى تؤدى — بهذا الشكل الى تحكم الدولة فى خلق الأشخاص المعنوية • كما أن منطق هذه النظرية على اطلاقه ، يستتبع النظر الى الدولة ذاتها ، كشخص معنوى ، بحسبانها شخصا افتراضيا وهميا « وليس يخفى خطر مثل هذا النتيجة على القانون ، وعلى الجماعة ، وفكرة السيادة نفسها » (١٨٢) • هــذا فضــلا عن أن النظر الى الشخص المعنوى كافتراض ، يستوجب اعتبار النصوص التى تنظم نشــأة الأشخاص المعنوية ، وتحديد ما يترتب على نشأتهــا من آثار ، وبصفة خاصــة مدى ما يكون للشخص المعنوى من أهليــة ، نصــوصا اســتثنائية ؛ بما يتفرع عليــه من وجوب التضييق فى تفسيرها (١٨٣) ، (١٨٤) •

ثانيا : النظريات المنكرة للشخصية المعنوية

٣٩١ — اذا كانت النظرية التقليدية قد صورت الشخص المعنوى على أنه كيان وهمى أو افتراضى ؛ الا أن أنصارها كانوا يرون فيه — مع ذلك — افتراضا أو وهمــا مفيدا لا غنى عنه ؛ حتى تصبح مجموعة من الأشخاص أو الأموال قادرة ، بمنحها الشخصية القــانونية ، على تحقيق أغراض قد يعجز عن تحقيقها ذو الشخصية القانونية من بنى الانسان •

غير أن هذه النظرية لم ترق لجانب آخر من الفقه ؛ فما دام أن الأمر فيها ليس سوى وهما أو افتراضا ، فقد يكون أولى منه تخليص القانون

---

(١٨٢) حسن كيرة (١٩٧١) ص ٦٢٤ بند ٣١٩ .

(١٨٣) راجع فى هذا المعنى كاربونييه ص ٢٩٩ بند ٨٥ .

(١٨٤) كما يمكن أن يؤخذ على هذه النظرية — أخيرا أنها تقوم على مقــدمات غير مسلمة . فهى تخلط — من ناحية — بين « مدلول الشخصية فى القانون وبين مدلولها فى الفلسفة والأخلاق وعلم النفس » ، كمــا أنهــا تستند الى تعريف للحق بأنه « قدرة ارادية » ليس هو التعريف السائد ولا المقبول . راجع حسن كيرة (١٩٧١) ص ٦٢٤ بند ٣١٩ .

من هذه الافتراضات ، والبحث عن الحقيقة الخافية ، التائهة وراء هذه الأشخاص المدعاة .

٢٩٢ ـ هذه الحقيقة يراها البعض فى فكرة الملكية Propriété Collective . فما يقال له الشخص المعنوى ليس فى حقيقة الأمر « الا ستارا يخفى وراءه مجرد ملكية مشتركة بين أعضاء تجمع من الأشخاص » (١٨٦) . فما أموال الدولة ـ عندهم ـ الا أموال جميع المواطنين (١٨٧) ، وما أموال الجمعية الا أموال أعضائها ، وما أموال الشركة الا أموال مؤسسيها .. وهكذا . فهذه الأموال لا تثبت اذا للشخص المعنوى المدعى ، كوحدة مستقلة قائمة بذاتها ، وانما لأعضاء هذا الكيان يتملكونها مجتمعين ، بمعنى دون أن يكون بامكان أى منهم على عكس الشيوع العادى ـ أن يدعى بحق فردى ، أى بحصة ، عليه (١٨٨) . وهكذا فليس هناك ـ فى نظر أنصار هذا الاتجاه ـ من حاجة ، اذا ما اجتمع عدة أشخاص طبيعيين بأموالهم ، لافتراض نشأة شخص جديد مستقل عنهم تنسب اليه هذه الأموال ، حين أنها فى الحقيقة لا تزال مملوكة لهم مجتمعين .

٢٩٣ ـ أما البعض الآخر فقد رأى هذه الحقيقة فى فكرة ذمة

---

(١٨٦) "n'est qu'une fiction masquant une simple copropriété entre les membres du groupement"
مشار اليه فى جوجلار ص ٦٠٥ بند ٥٩٣ ؛ ويأخذ بهذا الاتجاه :
PLANIOL (N) : Traité élémentaire de droit civil T. I 2 éd 1935 p. 1050 No. 3016.

(١٨٧) وفى هذا المعنى يقول برتيليمى :
Quand je dis que l'Etat est une personne morale, je ne veux pas exprimer autre chose que ceci : les Francais sont collectivement propriétaires de biens et titulaires de droits".
BERTHELEMY (H) : Traité élémentaire de droit administratif . 2 éd 1930 p. 37.

(١٨٨) فى هذا المعنى بلانيول مشار اليه فى كاربونييه ص ٢٩٨ بند ٨٥

الغرض أو التخصيص **le patrimoine d'affectation** • فالشخصية المعنوية المدعاة ليست الا ستارا يغطى فى الحقيقة « ذمة مالية بلا صاحب ، ذمة مالية غير شخصية ، ذمة مالية تنهض — ان جاز التعبير — على قواها هى وحدها ، أو تنهض على التخصيص المحدد الذى يجمع بين عناصرها » (١٨٩) •

٢٩٤ — وكان من الطبيعى أن تستهدف هذه النظرية للنقد ، ما دام أنها فى الواقع ، قد قصرت النظر ، فى حكمها على وجود أو عدم وجود الشخص المعنوى ، على أحد جوانب الشخصية ، وهو الجانب المالى ، غافلة عن الغرض الذى يسعى الشخص المعنوى الى تحقيقه والذى قد يكون فى بعض الفروض غرضا غير مادى • كما أن تأسيس الشخص المعنوى على أساس من فكرة الملكية المشتركة أو الجماعية ، سوف يحول دون هذا الشخص وتحقيق الأغراض المرجوة منه ، ما دام أن كل فرد من أفراد هذه الملكية المشتركة من حقه أن يطلب القسمة فينفض الشخص المعنوى ، وأن الديون التى ستنشأ من مباشرة أعضاء هذه الملكية لنشاطهم من طريق هذه الملكية ، سوف تترتب فى الذمة المالية الشخصية لكل منهم (١٩٠) •

أما فكرة ذمة الغرض أو التخصيص فان كانت تستجيب لبعض صور الشخص المعنوى ، كمجموعات الأموال ، الا أنها لا تستجيب للصور الأخرى ، كمجموعات الأشخاص فى القانون الخاص ، وكل أشخاص القانون العام • هذا فضلا عن أنوجود ذمة مالية تنهض على قواها وحدها

---

(١٨٩) "un patrimoine sans sujet, un patrimoine impersonnel, Un patrimoine se soutenant, pour ainsi dire, par ses seules forces ou, du moins, par l'affectation unique qui en cimente les éléments".

مشار اليه فى كاربونييه ص ٢٩٩ بند ٨٥ •

(١٩٠) راجع فى هذا المعنى مارتى ورينو ص ٩١٣ بند ٨١٨ •

دون صاحب تثبت له ــ كما يدعى بعض أنصار هذه النظرية ــ هو قول لا يمكن فى الواقع تصوره (١٩١) .

ثالثا : نظريات الحقيقة : les théses de la réalité

٢٩٥ ــ وعلى النقيض تماما من نظرية الوهم أو الافتراض ، يرى البعض الآخر فى الشخص المعنوى حقيقة اجتماعية ، فرضها تطور المجتمع وما وصل اليه من مدنية . وفرضت نفسها ــ بالتالى ــ على المشرع (١٩٢) . الذى لا يمكن أن يرجع اليه الاعتراف بها أو تجاهلها (١٩٣) ، (١٩٤) فالشخص المعنوى أمام القانون كالانسان ، شخص حقيقى له كيان وحياته المستقلة .

غير أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا فى كنه هذه الشخصية (١٩٥) ، ما بين التطرف والاعتدال :

٢٩٦ ــ (أ) فالبعض (la théorie organique) ، يرى فى الشخص المعنوى حقيقة بيولوجية عضوية كالشخص الانسانى تماما : فبما أن هذا الأخير يتشكل ــ عضويا ــ من مجموعة من الخلايا المتعددة

---

(١٩١) راجع فى هذه الانتقادات كاربونييه ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ بند ٨٥ .

(١٩٢) او فى عبارة اخرى :

"une réalitè vivante, préexistante au droit et que le droit n'a plus qu' à constater".

مشار اليه فى كاربونييه ص ٣٠٠ بند ٨٦ .

(١٩٣) فالشخص المعنوى يولد اذا « بمعزل تام عن رغبة المشرع »
"en dehors de toute volonté du législateur"

مشار اليه فى كاربونييه ص ٣٠٠ بند ٨٦ .

(١٩٤) وان كان انصار هذه النظرية لم يصلوا الى اقصى مداها ، فاعترفوا للمشرع بالحق فى سحب الشخصية المعنوية من هذا الكائن . راجع جوجلار الاشارة السابقة .

(١٩٥) راجع عرض لنظرية الحقيقة باتجاهاتها المختلفة فى : ديكروك ، المرجع السابق ص ٣٠ — ٣٣ بند ٢١٩٠ .

والمختلفة التى تكوّن فى النهاية جسما واحـدا ، فان الشخص المعنوى هو الآخر جهاز تتعدد خلاياه (بتعدد أعضائه) وتفنى ذاتيتها ، لتكون فى النهاية كيانا واحدا •

٢٩٧ ـ (ب) أما البعض الآخـر فانه يرى فى الشخص المعنوى حقيقة نفسية ارادية • ونقطة البداية عند أنصار هذا الاتجاه أن جوهر الكيان الانسانى ليس يتمثل فى الجسم ، وانما ـ بالأولى ـ فى الارادة• بيد أن للشخص المعنوى هو الآخر (وان تمثل فى مجموعة من الأشخاص) ارادته الخاصة ، وهى الارادة الجماعية la volonté collective المستقلة والمتميزة عن ارادة كل عضو فيه • وليس هذا بالغريب ، فمن المسلم به أن الأفراد اذا ما اجتمعوا فقد تكون لهم ارادة جماعية تختلف عن ارادة كل منهم على حدة لو ظلوا منعزلين •

ويعيب هذا التصوير أن الارادة ليست ـ فى الواقع ـ هى الحاسم فى ثبوت الشخصية القانونية ، فالطفل والمجنون كل منهما شخص فى لغة القانون ، حين لا تكتمل لهما ارادة كاملة • كما أن معيار الارادة الجماعية قد يكون من الاتساع بحيث تستجيب له بعض تجمعات الأشخاص التى لا تشـكل فى الواقع شخصا معنويا ، كمـا هو الحـال فى التجمعـات العرضية (١٦٦) •

٢٩٨ ـ (جـ) أما البعض الثالث فيرى فى الشخص المعنوى حقيقة فنيـة Une réalité technique • اذ ليست العبرة فى الشخص الانسانى بكيانه المـادى ، وانما بما يسعى الى تحقيقه من غايات • وحين تثبت الشخصية القانونية للانسـان فليس ذلك الا لتمكينه من تحقيق أهدافه • والشخص المعنوى هو الآخر يهدف الى تحقيق غايات جماعية • ومن ثم فانه يكتسب الشخصية القانونية ، لا سيما وأن الهـدف الذى

---

(١٦٦) وقد يكون ـ على العكس ـ من الضـيق بحيث لا يستجيب لبعض الاشخاص المعنوية الحقيقية .
راجع فى هذا المعنى مارتى ورينو ص ٩١٦ بند ٨٢٠ .

يسعى اليه هذا الشخص يكون في النهاية هدفا انسانيا ، هدفا فى صالح الانســان [١٩٧] • وهكذا فان السعى لتحقيق الصالح الانســانى يجب معاونته وحمايته ، عن طريق منح الشخصية القانونية ، يستوى أن يكون هذا السعى من جانب انسان فردى أو من جانب تشكيل جماعى •

وتنطلق هــذه النظرية من ضرورة التمييز بين الحقيقة القــانونية والحقيقة المــادية الواقعية ، ففى وقت ما — مثلا — كان القانون لا يعترف ببعض الأشخاص الطبيعيين كأشخاص قانونية ، كالعبيد مثــلا ، حين أن وجودهم حقيقة واقعــة • كما أنه — على العكس — يعترف بقــدر من الشخصية للجنين ولم يخرج بعد للوجود كائنا حقيقيا حيا • وعلى نفس النســق اذا يمكن تصــور أن توجد شخصية قانونيــة دون « دعامة عضوية » [١٩٨] • فليس ما يكون شخصية الانسان هو جسمه ولا ارادته ، وانمــا صلاحيته لاكتساب الحقوق • بيــد أن الشخص المعنوى صالح — قانونا — لاكتساب الحقوق ، لا سيما وأن الحق يتمثل فى « مصلحة اجتماعية يحميها القانون » [١٩٩] • فكأن الشخص هو « مركز لمجموعة مصالح اجتماعية يحميها القــانون » [٢٠٠] • بيد أن هناك « نوعين من المصالح : مصالح فردية ، ومصالح جماعية ؛ الأولى تتناسب والشخص الطبيعى ، والثانيــة تتناسب والشخص المعنوى » [٢٠١] • وهكذا فانه « كلما كانت هناك مصلحة جماعية لمجموعة من الأفراد منفصلة عن المصالح

---

(١٩٧) وفى هذا المعنى يعرف شيفالييه الشخصية المعنوية بأنها :
"un procédé technique qui tend à fournir des moyens d'action aux groupements".

ص ٢٤ ، ٢٥ •

(١٩٨) ، (١٩٩) ، (٢٠٠) ، (٢٠١) كاربونييه ص ٣٠١ بنــد ٨٦ ؛ وفى هذا المعنى يقول فالين :
"une personne juridique est un centre d'intérêts socialement protégés".

WALINE : Traité élémentaire de droit administratif. 6 éd 1952 p. 172

الفردية لكل منهم، لزم وجود شخص معنوى منفصل عن هؤلاء الأفراد»(٢٠٢)• فاذا ما تجسدت هذه المصلحة الجماعية فى الشخص المعنوى ، أصبحت حقيقة ، ليس فى عالم الحس وانما فى عالم القانون (٢٠٣) •

٢٩٩ — ولما كان الشخص المعنوى — على هذا النحو — حقيقة ؛ فان النتائج العملية المترتبة على هذا التحديد ستكون نقيض النتائج المترتبة على فكرة الافتراض أو الوهم ، وبصفة خاصة من حيث التفسير، بحيث يجب — من ناحية — حتى فى حالة عدم وجود نص — الاعتراف بالشخصية المعنوية « كلما كانت هناك مصلحة جماعية على قدر من الثبات ، تتجسد فى حد أدنى من التنظيم » (٢٠٤) • كما يجب — من ناحية أخرى — عدم قصر نطاق ما يمكن أن يكون للشخص المعنوى من حقوق على ما تسمح به النصوص ، وانما يلزم الاعتراف له « بكل ما يكون من الحقوق ضروريا بالنسبة له حتى يفى بالمصلحة الجماعية التى يأخذها على عاتقه » (٢٠٥) •

٣٠٠ — هذه النظرية الأخيرة ، نظرية الحقيقة الفنية أو القانونية المجردة ، هى التى تسود الآن فى الفقه الفرنسى • كما أخذت بها هناك محكمة النقض الفرنسية فى حكم شهير لها فى ٢٨/١/١٩٥٤ حين قضت بأنه « الشخصية المدنية ليست من خلق المشرع » (٢٠٦) وانتهت — فى هذا

---

(٢٠٢) "tout intérét collectif distinct des intérets individuels postule une personne morale, distincte des individus".

كاربونييه الاشارة السابقة .

(٢٠٣) راجع فى عرض نظرية المصلحة الجماعية l'intérêt collectif كتفسير للشخصية المعنوية ، مارتى ورينو ص ٩١٦ بند ٨٢ .

(٢٠٤) ، (٢٠٥) كاربونييه ، ص ٣٠١ بند ٨٦ ، وراجع فى النتائج العملية الهامة والمختلفة التى تترتب على الأخذ بنظرية الوهم أو نظرية الحقيقة ؛ جوجلار ص ٦٠٦ وما بعدها بند ٥٩٤ .

(٢٠٦) "la personnalité civile n'est pas une création de la loi".

راجع فى العرض التفصيلى لحيثيات هذا الحكم مشار اليها فى جوجلار ص ٦١٨ ، ٦١٩ .

الحكم — الى امكان وجود شخص معنوى ، ولو لم يكن هناك نص فى القانون يمنح هذا الكيان الناشىء الشخصية المعنوية .

٣٠١ — وهكذا نخلص — مع بعض الشراح فى مصر — الى أنه كلما كان هناك كائنا جماعيا ، سواء تمثل فى مجموعة من الأشخاص أو الأموال ، وتوافرت لهذا الكائن قيمة اجتماعية « متأتية من قيمة الهدف الذى يسعى الى تحقيقه ، ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق » (٢٠٧) كنا بصدد حقيقة ، لا افتراض فيها ، واستوى هذا « الكائن الجماعى أو الاجتماعى على رأس حياة قانونية مستقلة متعلقة بهذا الهدف ، وصار مركزا تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق وواجبات والتزامات ، اذ يكون حينئذ أهلا لأن يستأثر بما يتعلق بهذا الهدف من قيم وسلطات ، ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعات » (٢٠٨) .

---

(٢٠٧) ، (٢٠٨) حسن كيرة (١٩٧١) ص ٦٣٣ بند ٣٢١ .

الفصل الثانى
محل الحق

تمهيـد ، وتقسيم :

٣٠٢ ــ اذا كان لابد للحـق من شخص يثبت له ، فانه لابد له أيضا من محل يرد عليه • ويقصد بمحل الحق ، موضوعه ، الذى ترتكز عليه السلطات والمكنات التى يخولهـا الحق لصاحبه ، والتى تشـكل مضمون هـذا الحق •

ففارق اذا بين محل الحق l'objet ومضمونه le contenu • ومن ثم فاذا قلنا بأن للمالك سلطة استعمال واستغلال ملكه والتصرف فيه ، وأن صـاحب حـق الانتفـاع لا يكون له سـوى سلطتى الاستعمال والاستغلال ، وأن المؤلف (صـاحب الحـق الذهنى) يكون له سلطة الاستغلال المـالى لمؤلفه بالاضافة الى حقوقه الأدبية عليه ، وأن الدائن المرتهن يكون له ، بموجب حقه العينى التبعى ، مزية تتبع الشيء المرهون واقتضاء حقه من ثمنه بالأولوية على غيره من الدائنين ، وأن صاحب الحق الشخصى يمكنه اقتضاء حقه من المدين جبرا اذا لم يقم به اختيارا ، فاننا ، فى كل هـذه الأمثلة ، نكون ، فى الواقع ، بصـدد استعراض مكنات الحق ، أو بعبارة أخرى ، مضمون هذا الحق • أما اذا قلنا بأن سلطات المـالك ، أو صاحب حق الانتفـاع ، أو الدائن المرتهن ، ترد على شيء مادى معين بالذات ، وأن سلطات المؤلف ترد على شيء معنوى ، وأن سلطة صاحب الحق الشخصى فى الاقتضاء ، انمـا ترد على الأداء الواجب على المدين ، عملا كان أو امتناعا عن عمل ، فاننا ، فى كل ذلك ، انما نكون بصدد استعراض ، محل هذه الحقوق ، أى موضوعها (١) •

---

(١) راجع فى التفـرقة بين محل الحـق ومضمونه : دابان ، المرجع السابق ص ١٦٨ ، ١٦٩ •

٣٠٣ — ولعله يبين من الأمثلة السابقة ، أن محــل الحق اما أن يكون شيئا (ماديا كان أو معنويا) ، وذلك فى الحقوق العينية والحقوق الذهنية ، وأما أن يكون عملا (ايجابيا كان أو سلبيا) ، وذلك فى الحقوق الشخصية وجميع الحقوق غير المــالية .

ومن ثم نقسم الدراسة فى هذا الفصل الى مبحثين : نعالج فى أولهما الأشياء ، لنخصص للأعمال المبحث الثانى .

المبحث الأول

الأشــياء

التعريف بها ، وتمييزها عن غيرها ، تقسيم :

٣٠٤ — يقصد بالشىء كل ما لا يعد شخصا ، مما يكون له كيان ذاتى منفصل عن الانسان ، ماديا كان هذا الكيان أم معنويا .

٣٠٥ — وقــد يجرى الخلط أحيانا ، حتى فى التشريعات ، بين الشىء والمــال ، حين يختلف فى الواقع كل منهما عن الآخر . فالمــال هو الحق الذى يمثل قيما مما يمكن تقويمه بالنقود ، أو فى عبارة أخرى ، هو الحق المــالى ، عينيا كان هذا الحق ، أم شخصيا ، أم معنويا . أما الشىء فهو المحل الذى يقع عليه هذا الحق المــالى . ومن ثم فليس من تلازم بين المــال (أى الحق المــالى) والشىء . فقد يوجد حق مالى دون شىء يرد عليه ، كالحق الشخصى الذى يجد محله فى عمــل (ايجابى أو سلبى) يقوم به المدين . وبالمقابلة هناك من الأشياء ما لا يعتبر مالا لأنه ليس محلا لحق ، كالشىء المباح . حتى اذا ما استولى عليه أحد الأشخاص ، واستأثر بحيازته بنية تملكه ، أصبح محلا لحــق ملكية ، واكتسب — بالتالى — وصف الأموال . وقد يتعدد على الشىء الواحد ، فضلا عن ذلك ، أكثر من مال (أى أكثر من حق مالى) ، كقطعة أرض (شىء) يستبقى مالكها ملكية الرقبة لنفسه ، ويعطى حق الانتفاع بها لشخص آخر ، ويرتب عليها رهنا لثالث ، ويتقرر عليها حق ارتفاق لرابع ، وهكذا .

٣٠٦ — وتنقسم الأشياء المـادية عدة تقسيمات : فهى من جهة ، اما عقارات أو منقولات ، ومن جهـة أخرى ، اما أشياء مثلية أو أشياء قيمية ، ومن جهـة ثالثة ، فانها اما أشياء قابلة للاستهلاك أو أشياء غير قابلة له ، وأخيرا فانها اما أشياء يمكن التعامل فيها أو أشياء مما يخرج عن دائرة التعامل •

المطلب الأول

فى تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات

اساس التقسيم ، واهميته :

٣٠٧ — تنقسم الأشياء المـادية ، وفقا لطبيعتها (٢) ، وما اذا كانت تقبل الحركة ، أى الانتقال أو النقـل من مكان لآخر أو لا تقبلها ، الى منقولات وعقـارات (٣) • ف « كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول » م ٨٢—٢ •

وقـد أملت هـذا التقسيم اعتبـارات تاريخية (٤) ، حيث كانت المجتمعات القديمـة تنظر الى الأشياء العقارية باعتبارها الأشياء الكبيرة القيمة ، وكانت الثروات الأساسية فى هذه المجتمعات تتركز فى هـذه الأشياء • حين كان ينظر ، بالمقابلة ، الى الأشياء المنقولة باعتبارها الأشياء الثانوية • ومثل هـذا النظر ، الذى لا يزال باقيا فى ريف مصر ، حيث

---

(٢) راجع فى أساس هـذا التقسيم : مارتى ورينو (١٩٧٢) ص ٤٩٠ بنـد ٣٠٩ ؛ شيفالييه ص ١٣٤ •

(٣) وفى هذا المعنى يعرف بيفلان — لانور المنقولات بطبيعتها بأنها :

Toutes choses susceptibles de déplacement, de leur propre mouvement ou par la main de l' homme,

(٤) راجع فى الجـذور التاريخية لهـذا التقسيم : مارتى ورينـو (١٩٧٢) ص ٤٩٠ ، ٤٩١ بند ٣١٠ ؛ جوجلار (دروس مازو) كتـاب ١ ٢١٦/٥ — ٢٢٠ بند ١٧٦ — ١٨٠ •

ينظر الفلاح الى أرضه الزراعية (العقارات) ، باعتبارها أكبر الأشياء قيمة ، قد ألقى ظلاله على بعض التنظيمات القانونية • فمن يستعرض على سبيل المثال ، اجراءات الحجز على الأموال ، التى نظمها المشرع المصرى فى قانون المرافعات ، يدرك أنه قد قصد عمدا الى تعقيد واطالة اجراءات التنفيذ على العقار ، لما يؤدى اليه ذلك من نزع لملكيته ، حين تتسم ، على العكس ، باليسر ، اجراءات التنفيذ على المنقولات •

بيد أن هذه النظرة قد تبدلت فى العصر الحاضر • فأصبح للثروة المنقولة من الأهمية الآن ما قد يفوق أهمية الثروة العقارية • مثال ذلك ، ما تمثله من قيمة ، الأوراق والسندات المالية ، وأسهم الشركات الصناعية الكبرى وشركات البترول •

٣٠٨ — وعلى أية حال ، فان تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات ، انما يعتبر من الزاوية القانونية ، تقسيما بالغ الأهمية (٥) ، بالنظر الى الآثار الهامة التى يرتبها المشرع على هذا التقسيم • ومن ذلك :

١ — ان الاختصاص بالدعاوى العقارية ، ينعقد للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار محل النزاع • وهو أمر مبرر ، ما دام العقار يتسم بالثبات فى مكان معين يسهل تحديده ، ومن ثم يسهل تحديد المحكمة التى يتبعها • حين ينعقد ، بالمقابلة ، الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بالمنقول ، الى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ، وذلك لصعوبة تحديد المكان الذى يوجد فيه المنقول •

٢ — أن الحقوق العينية لا تكتسب على العقار ، وبالتالى لا يمكن الاحتجاج بها على الكافة ، الا بعد شهرها ، اما بتسجيلها (فى الحقوق العينية الأصلية) أو بقيدها (فى الحقوق العينية التبعية) ، وذلك فى مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته العقار • أما الحقوق العينية التى ترد على

---

(٥) راجع فى اهمية هذا التقسيم مارتى ورينو (١٩٧٢) ص ٤٩١ ، ٤٩٣ بند ٣١١ ، ٣١٢ ؛ جوجلار (دروس مازو) كتاب ١ ص ٢٢٠ — ٢٢٤ البنود ١٨١ — ١٨٤ •

منقول ، فانها لا تخضع لهذا الاجراء • بل انه لا يتصور بشأنها مثل هذه الاجراء ، بالنظر الى انعدام فائدته • فقد قصد المشرع بالشهر فى الحقوق العينية العقارية ، حماية المتعاملين فى شأن هذا العقار ، اذ يمكنهم بالاطلاع على سجلات مكتب الشهر (الذى يمكنهم بسهولة تحديده من تحديد موقع العقار) ، أن يحيطوا علما بالمالك الحقيقى له ، وبما سبق أن تقرر على هذا العقار من حقوق لغيرهم • وبالمقابلة ، فلن يفيد المتعامل فى المنقول شيئا ، سبق شهر ما ورد عليه من تصرفات ، ان تصورنا هذا الاجراء ، لأنه لن يكون بامكانه تحديد المكتب الذى تم فيه هذا الاجراء ، بالنظر الى عدم ثبات المنقول فى مكان واحد •

٣ ــ أنه لما كان من غير المنطقى أن نستلزم من كل من يتعامل فى المنقول مع حائزه ، أن يستوثق من ملكية هذا الحائز له ، حين أن هذا الاستيثاق هو بالأخص مما يصعب التوصل اليه بالنظر الى سرعة تداول المنقولات ، فقد جعل المشرع من حيازة المنقول ، فى ذاتها ، سندا لملكيته• فاذا اشترى شخص ، على سبيل المثال ، منقولا ممن يعتقد ، بحسن نية ، أنه مالكه ، فانه يمكنه أن يدفع مطالبة المالك الحقيقى باسترداد الشىء ، بأنه قد تملكه على أساس من حيازته • أما الحيازة فى العقارات ، فانها حتى لو اقترنت بحسن النية والسبب الصحيح ، بمعنى حتى اذا كانت قد آلت الى حائز كان يعتقد بحسن نية أنه يتلقى الشىء من مالكه ، وبموجب تصرف قانونى كان من شأنه أن ينقل الملكية بذاته لولا أنه صدر من غير مالك ، فانها لا تكسب الملكية أو الحق العينى على العقار الا بعد مضى خمس سنوات •

٤ ــ ان الحقوق العينية التبعية (كحق الرهن ، وحق الاختصاص) ، تترتب على العقار ، وتكفل من ثم حق الدائن صاحبها دون حاجة الى أن يستأثر بحيازة العقار موضوع هذا الحق ، لأن مزية التتبع تمكنه من التنفيذ عليه فى أى يد يكون ، ولو آل الى شخص حسن النية ، حيث كان بامكان هذا الأخير أن يحيط علما بحق الدائن المرتهن ، من طريق

الاطلاع على سجلات مكتب الشهر العقارى الذى يتبعه هذا العقار •
أما ترتيب مثل هذا الحق العينى التبعى على منقول ، فانه يستلزم امتقال حيازة هذا الأخير الى الدائن المرتهن أو من ينوب عنه ، لأن مزية التتبع التى يكفلها هذا الحق للدائن المرتهن ليس من شأنها ، وحدها ومجردة ، أن تحميه خطر تهريب هذا المنقول ، واستحالة تتبعه بعد ذلك اذا آل الى حائز حسن النية •

٥ — هناك من النظم القانونية ما يقتصر على العقارات ، دون المنقولات كحق الشفعة ، والرهن الرسمى ، وحق الاختصاص •

أولا : العقـــارات :

تعـريفها ، ونوعاها :

٣٠٩ — يقصد بالعقار ، وفق ما جاء بالمادة / ٨٢ مدنى « كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف » •

ويجد هذا التحديد أساسه ، كما هو واضح من النص ، فى طبيعة الشىء نفسه ، فاذا كان من شأن هـذه الطبيعة عدم امكان نقل الشىء أو انتقاله من مكان الى آخر الا ويصيبه التلف ، كان الشىء عقارا • أما ما عدا ذلك من الأشياء فانه يعتبر منقولا •

٣١٠ — وبديهى ، وفقا لهـذا التحديد ، أن تكون الأرض هى الأصل فى العقار ، ليلحق بها ، ويصير تبعا لذلك عقارا ، كل شىء آخر مما يتصل بها اتصال قرار ، بحيث لا يمكن فصـله عنها دون أن يصيبه التلف • كالأبنية ، لا يمكن نقلها من مكان لآخر الا وتحولت الى أنقاض ، وكالأشجار لا تنقل الا أخشابا •

غير أنه لا يصح النظر الى الأشياء بجنسها ، وبمعزل عن المعيـار السابق ، للقول بانتمائها جميعا الى طائفة العقارات أو المنقولات • فليس كل مسكن ، مثلا ، مما يعتبر عقارا ، كالكبائن يمكن أن تكون من النوع

المرفوع على عجلات تجره السيارة ، فتقبل — بالتالى — الانتقال من مكان لآخر دون تلف ، فتكون منقولا ، حين أنها تكون — على العكس — عقارا اذا كانت مستقرة على الأرض ، متصلة بها اتصال قرار ، حين تكون فى شكل بناء من الطوب . والأشجار ، اذا كانت فى الأصل عقارا حين تكون من النوع الذى يضرب بجذوره فى الأرض ، فانها قد تكون ، فى بعض الأحيان من قبيل المنقولات ، اذا كانت على سبيل المثال ، مزروعة فى أصص ، ولو كانت هذه الأخيرة مدفونة فى باطن الأرض ، ما دام بالامكان نقلها ، بالأصص ، من المكان المدفونة فيه الى مكان آخر دون تلف .

كذلك ، لا يهم فى معرض تحديد الطبيعة العقارية للشىء ، الغرض الذى خصص له ، ولا المدة التى يبقى فيها مستقرا بحيزة ثابت فيه . فالمبنى ، فى أرض معارض ، يعتبر عقارا ، ولو كان مصيره الى الهدم بعد انتهاء مدة المعرض .

٣١١ — هذه الأشياء التى تكون ، بطبيعتها ، مستقرة بحيزها ، ثابتة فيه لا يمكن نقلها منه دون تلف ، هى ما تسمى اصطلاحا ، بالعقارات بالطبيعة (٦) ، وذلك تمييزا لهـا عن أشياء ، هى فى ذاتها منقولات ، ولكن المشرع يضفى عليها وصف العقار بشروط معينـة ، أبرزها أن تكون مخصصة لخدمة هذا العقار ، حين تسمى لذلك ، اصطلاحا ، بالعقارات بالتخصيص .

العقار بالتخصيص (٧) :

٣١٢ — أما العقار بالتخصيص فانه مما يعتبر من الأشياء منقولا بطبيعته ، حيث يكون بالامكان نقله أو انتقاله من مكان لآخر دون تلف . ومع ذلك فان المشرع يضفى عليه وصف العقار ، بالنظر الى تخصيصه

---

(٦) راجع فى العقار بالطبيعة : مارتى ورينو (١٩٧٢) ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ بند ٣١٤ ؛ جوجلار المرجع السابق ص ٢٣٠ بند ١٨٨ .

(٧) راجع فى العقار بالتخصيص : مارتى ورينو (١٩٧٢) ص ٤٩٥ ، ٥٩٦ بند ٣١٥ ، جوجلار ص ٢٣٠ ، ٢٣١ بند ١٨٩ ؛ شيفاليية ص ١٣٥ ، ١٣٦ .

لخدمة هــذا الأخير • فهو كما عرفته الفقرة الثــانية من المــادة ٨٢/٢ « المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هــذا العقار واستغلاله » •

واسباغ وصــف العقار على هذه الأنواع من المنقولات ، انما هو أثر من آثار النظرة الى العقار بحسبانه الشيء الأكثر قيمة • كما أن الهدف منه ، وبالتالى من اخضاع هذه المنقولات لمــا يخضع له العقار من النظم القانونية ، انما هو الحفاظ على الوحدة الاقتصادية التى تنشأ بين العقار والمنقول الذى يرصد لخدمته • هذه الوحدة التى تؤدى ــ بدورها ــ الى رفع القيمة الاقتصادية للعقار نفسه ، بالنظر الى ما يترتب على الحاق المنقول بالعقار ، من حسن استغلال هذا الأخير •

٣١٣ ــ هذا ويتضح من النص سابق الاشارة ، انه يلزم لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص توافر الشروط التالية (٨) :

١ ــ أن يكون الشيء منقولا بطبيعته ، أى مما يمكن نقله من مكانه دون تلف • ولذلك لا يعتبر عقارا بالتخصيص ، لافتقاده هذه الصفة ، ما يدخل فى تكوين العقار أو يثبت فيه بحيث يعد من العناصر الجوهرية ، كنوافذ البناء ، وأجهزة التكييف المثبتة فى الجدار • كما يلزم أن يكون هذا المنقول من الأشياء المــادية ، فهى ، فى الواقع ، التى يمكن ، وحدها ، أن توضع فى العقار •

٢ ــ أن يكون المنقول مع العقار مملوكين لشخص واحد • فالنص السابق يتكلم عن « المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه » • بل ان هذا الشرط هو مبرر اسباغ وصف العقار على هذا النوع من المنقولات •• ومن ثم فلا يعتبر ، على سبيل المثال ، عقارا بالتخصيص ، لعــدم توافر هذا الشرط ، ما يضعه مستأجر الأرض من ماشية يملكها ، فى خدمة هذه

---

(٨) راجع فى تفاصــيل هــــذه الشروط فى القانون الفرنسى مارتى ورينــو (١٩٧٢) ص ٤٩٦ ــ ٥٠٠ بند ٣١٦ ؛ جوجلار ص ٢٣١ ــ ٢٣٢ بنــد ١٩٠ •

الأرض . أو ما يضعه ، بالمقابلة ، مالك الأرض من ماشية يستأجرها لخدمة هذه الأرض . كذلك ، لا يعتبر من قبيل العقارات بالتخصيص ، ما يضعه الحائز من منقولات يملكها فى خدمة العقار الذى يحوزه ، على الرغم من أن القواعد العامة تجعل من الحيازة فى ذاتها قرينة على الملكية .

٣ — أن يوضع المنقول بالفعل فى العقار ، وأن يخصص لخدمته . والمقصــود بالتخصيص هنا ، هو التخصيص العينى ، بمعنى أن يكون المنقول قد وضع فى العقار لخدمة العقار نفسه ، أى يكون هذا الوضع لازما لحسن استغلال هذا العقار ، وليس لخدمة شخص صاحبه . ومن ثم فان الأثاث ، كمنقول ، يصبح عقارا بالتخصيص اذا وضع فى فندق لأنه فى هذه الحالة يكون مرصودا لحسن استغلال العقار نفســه (الفندق) . أما اذا كان موضوعا فى مسكن شخصى ، فتظل له صفة المنقول . كما أن السـيارة التى يملكها صــاحب مصنع ، ان كانت مخصصة لاستعماله الشخصى ، استبقت صـفتها كمنقول ، أما اذا خصصها لخدمة المصنع ، بنقل أدوات أو منتجات ، الخ ، فانها تصبح عقارا بالتخصيص ، وهكذا .

على أنه اذا توافر شرط التخصيص ، على هذا التحديد ، فانه لايلزم بعد ذلك — وكما ورد فى المذكرة الايضاحية للنص سابق الاشارة — أن يكون هذا التخصيص دائما أومؤبدا ، بل يكفى ألا يكون مجرد تخصيص عرضى . ولا « أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقــار أو استغلاله ، بل يكفى تخصيصه لهــذه الخدمة أو الاستغلال ولو لم تكن الضرورة تقتضى ذلك » .

٤ — أن يكون هذا التخصيص بواسطة مالك العقار نفسه ، أو من نائبه ، فليس يكفى أن يكون هو المــالك لكل من المنقول والعقار ، وأن يكون المنقول قد رصد لخدمة العقار ، ما دام أن غير المــالك هو الذى أجرى هذا التخصيص . كالمستأجر يستعير آلة زراعية من مالك الأرض التى يستأجرها ، ليخصصها لخدمة هذه الأرض .

ويتفرع على وجوب أن يكون التخصيص بواسطة المالك أو نائبه ، أنه اذا أزال هذا التخصيص ، زالت عن المنقول بالتبعية ، صفته كعقار •

فاذا توافرت كل هذه الشروط ، فانه يستوى بعد ذلك ، أن يكون التخصيص لخدمة العقار أو لاستغلاله • ومن أمثلة النوع الأول ، ما يوضع فى دور العبادة ، ولخدمتها ، من سجاد • ومن أمثلة النوع الثانى ، ما يوضع فى الأرض لحسن الاستغلال الزراعى ، كالماشية ، أو ما يوضع فى المصانع لحسن الاستغلال الصناعى ، كالآلات والأدوات ، أو ما يوضع فى الفنادق لحسن الاستغلال التجارى ، كالأثاثات والتحف •

٣١٤ — ويترتب على اسباغ وصف العقار بالتخصيص على هذه المنقولات ، أن تعامل — قانونا ومن حيث الأصل — معاملة العقار (٩) • فيشملها ، بالتالى ، أى حق عينى يمكن أن يثقل العقار ، كرهن أو اختصاص ، كما يشملها كذلك التنفيذ على العقار وبذات الطريقة ، بمعنى أنه لا يمكن الحجز عليها على استقلال ، وانما يحجز عليها مع العقار ، وبطريقة حجز العقار لا حجز المنقول • كما يشملها كذلك بيع العقار ، ولو لم يرد بها شرط صريح فى العقد ، طبقا لما تقضى به المادة ٤٣٢ من أنه « يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء ••• » •

ثانيا : المنقولات :

تعريفها ، ونوعاها (١٠) :

٣١٥ — عرفت المادة ٨٢ سابقة الاشارة ، المنقول ، بشكل غير مباشر ، حين رأته فى كل ما لا يعتبر عقارا • فهو — بالتالى — كل شىء غير مستقر بحيزه ، بحيث يمكن نقله من مكانه دون تلف • كالسيارات ،

---

(٩) راجع فى الحالات التى يختلف فيها كل منهما عن الآخر فى الحكم بالنظر للاختلاف بينهما فى الطبيعة ؛ جوجلار كتاب ١ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ بند ١٩٣ •

(١٠) راجع فى المنقولات بطبيعتها ، مارتى ورينو (١٩٧٤) ص ٥٠٤ وما بعدها بند ٣٢١ — ٣٢٣ •

والحيوانات ... الخ ، مما يعتبر من قبيل الأشياء المادية ، وكالمؤلفات أو الاختراعات ، مما يعتبر من قبيل الأشياء غير المادية أو المعنوية .

هذه الأشياء غير المستقرة بحيزها ، مما يمكن أن تسمى منقولات بطبيعتها ، وذلك للمقابلة بينها وبين الأشياء العقارية بطبيعتها مما يسمى منقولا بحسب المآل .

المنقول بحسب المآل (١١) :

٣١٦ — قد يكون الشيء ، منظورا اليه بحالته الحاضرة ، عقارا بطبيعته ، وذلك بالنظر الى اتصاله بالأرض اتصال قرار . ومع ذلك ، فان المصير الحتمي القريب لهذا الشيء هو انفصاله عن الأرض ، ليصبح — بالتالي — منقولا .

عندئذ ، يعامل المشرع هذه العقارات ، ناظرا الى مآلها القريب ، معاملة المنقولات ، وذلك تيسيرا للاجراءات وتخفيفا من القيود ، فيما يرد عليها من تصرفات أو حجوز .

هذه الأشياء هي ما يطلق عليه اصطلاحا ، المنقولات بحسب المآل . ومن أمثلتها الأشجار المعدة للقطع ، والمباني المعدة للهدم ، والثمار قريبة الجنى .

٣١٧ — وفي ضوء هذا التحديد ، يلزم توافر الشروط الآتية ، لاعتبار العقار منقولا بحسب المآل :

١ — أن يكون المصير الحتمي لهذه الأشياء هو انفصالها عن العقار : ويعني ذلك ، أنه يلزم أن يكون تحويلها الى منقولات أمرا حتميا ، أما بحكم طبيعة هذه الأشياء ، كالمحاصيل والثمار ، واما لاتجاه ارادة الطرفين بشكل قاطع الى هذا الفصل أو التحول ، كبيع منزل على أنه

---

(١١) راجع في المنقول بحسب المال في القانون الفرنسي : مارتي ورينو (١٩٧٢) ص ٥٠٨ — ٥١٠ بند ٣٢٥ . جوجلار (دروس مازو) كتاب ١ ص ٢٣٧ — ٢٣٨ بند ١٩٧ .

أنقاض ، يعتبر - بالتالى - بيعا لمنقولات بحسب المـآل • أما اذا غمت ارادة الطرفين ، فلا يمكن اعتبار العقار منقولا بحسن المـآل • كان يبيع المـالك البناء ، مستبقيا ملكية الأرض لنفسه • فقد يقصد من هذا البيع فصل ملكية الرقبة عن ملكية المنفعة لا أكثر • كذلك يظل العقـد ، بيع عقار ، اذا اشترى الشخص بناء من مالكه ، بصفته كذلك ، ولو اتجهت نيته بعد ذلك الى هدمه •

٢ - أن يكون هذا التحول أو الانفصال الحتمى ، وشيك الوقوع : وهو ، فى الحقيقة ، شرط بالغ الأهمية ، بدونه لا تصير لفكرة المنقولات بحسب المـآل من حدود واضـحة مفهومة • كمـا أن اغفـاله ، يترتب عليه تمكين الأطراف من التهرب من أحكام النظـام القـانونى الخاص بالعقارات ، بمقولة أن هـذه العقارات ، يوما ما ، سوف تنفصـل عن الأرض • وبعض النصوص التشريعية فى مصر تؤكد هذا المعنى • فالمشرع فى قانون المرافعـات ، اذا كان قـد أجاز الحجز على الثمـار المتصلة والمزروعات القـائمة ، كحجز منقول ، بالنظر الى مآل هذه الأشـياء ، الا أنه يشترط لذلك ، ألا يكون قد بقى على نضجها (أى على انفصالها) أكثر من ٤٥ يوما •

وبديهى ، أن مسألة ما اذا كان هذا الانفصال وشيكا أم لا ، انما تخضع لظروف كل حالة على حدة ، وأنها بالتالى ، من الأمور التى تترك لتقدير القاضى •

٣١٨ - ويترتب على ثبوت صفة المنقول لهـذه العقارات ، أن تخضع ، ومنذ اتمام العقد ، الى ما يخضع له المنقول من أحكام • فاذا كانت ، مثلا ، محلا لبيع ، فلا يلزم تسجيلها • واذا أريد حجزها ، فانها تحجز منقول • كمـا أن الاختصاص المحلى بنظر المنازعات الناشئة عن التعاقد على هـذه الأشياء ينعقـد لمحكمة موطن المدعى عليه ، وليس للمحكمة التى تقع فى دائرتها هذه العقارات •

المطلب الثانى

فى تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمية

٣١٩ — الأشياء المثلية ، كما ورد تعريفها فى المادة ٨٥ هى « التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس ، بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن » .

فهى ، وفقا لهذا التعريف ، الأشياء التى يوجد لها نظائر ، بحيث لا تتفاوت آحاد هذه الأشياء التى يجمعها نوع واحد ، تفاوتا يعتد به . ومن ثم فان التعامل بشأنها يجرى على تحديدها بجنسها ، لا بذواتها . أو فى عبارة أخرى ، يكتفى لتعيينها ، تحديدها بقدرها ، الذى يكون اما بالوزن ، كالفاكهة ، أو بالكيل ، كالحبوب ، أو بالعد ، كالنقود ، أو بالمقاس ، كالأقمشة .

٣٢٠ — أما الأشياء القيمية فهى ، على العكس ، تلك الأشياء التى لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، لتفاوت آحادها ، وان تشابهت ، تفاوتا يعتد به . ومن ثم فان التعامل فيها يجرى على تحديدها بذواتها . كالأراضى ، والمنازل ، والحيوانات ... الخ .

٣٢١ — وواضح مما تقدم ، أن تقسيم الأشياء على هذا النحو الى مثلى وقيمى ، انما يرجع الى طبيعة هذه الأشياء نفسها . ومع ذلك ، فليس هناك ما يمنع ، أن يجرى هذا التقسيم على أساس من ارادة ذوى الشأن ، بمعنى أن هذه الارادة قد تسبغ على الشىء المثلى بطبيعته الصفة القيمية ، أو العكس . ليكون المعول عليه ، عندئذ ، فى وصف الشىء بأنه مثلى أو قيمى ، هو — كما ورد فى المذكرة الايضاحية للنص سابق الاشارة — « جواز قيام شىء آخر من جنسه أو نوعه مقامه عند الوفاء بحسب قصد العاقدين ، أو عدم جواز ذلك » .

هذا وليس من تلازم ، كما قد يعتقد لأول وهلة ، بين تقسيم الأشياء الى قيمية ومثلية ، وبين تقسيمها الى معينة بالذات ومعينة بالنوع .

فالتقسيم الأول ينظر الى الأشياء من حيث جوهرها ، أى طبيعتها • أما الثانى ، فانه ينظر الى الأشياء من حيث طريقة تعيينها • ولذلك فليس ثمة ما يمنع من أن يتحدد الشىء المثلى بطبيعته تحديدا ذاتيا ، كمن يشترى من تاجر كمية الغلال الموجودة فى هذا المخزن بالذات ([11]مكرر) •

٣٢٢ — أما أهمية تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمية ، فانها تبدو من الأمور الآتية :

١ — لا تقع المقاصة القانونية الا بين دينين ، موضوع كل منهما نقود ، أو مثليات ، ولا يمكن أن تقع بين أشياء قيمية ، أو بين شىء مثلى وآخر قيمى •

٢ — اذا كان محل الالتزام بالتسليم شىء قيمى وهلك بفعل قوة قاهرة ، فان ذمة المدين بالتسليم تبرأ • أما اذا كان الشىء مثليا ، فان ذمته لا تبرأ ، ويجب عليه تسليم شىء مماثل من النوع ذاته • ويقال — لذلك — بأن المثليات لا تهلك •

٣ — لا تتقرر الملكية (ولا الحقوق العينية الأخرى) على الأشياء المثلية الا بافرازها وصيرورتها معينة بالذات • بينما يمكن أن تتقرر فور التعاقد على الأشياء القيمية المنقولة ، متى كانت مملوكة للملتزم • (أما اذا كانت هذه الأشياء عقارا ، فان انتقال الملكية يتراخى الى وقت التسجيل) •

المطلب الثالث

فى تقسيم الأشياء الى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له

وتنقسم الأشياء من حيث مدى قابليتها للاستعمال المتكرر ، الى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة له •

(١١ مكرر) راجع نعمان جمعة ص ٥٤٤ •

٣٢٣ ـ فاذا كان الشيء مما لا يقبل استعمالا متكررا بالنظر الى أنه يفنى أو تتغير صورته من أول استعمال له ، فانه يسمى اصطلاحا بالشيء القابل للاستهلاك . أما على العكس ، اذا كان الشيء يقبل استعمالا متكررا ، بحيث لا يفنى أو تتغير صورته من أول استعمال له ، فانه يسمى اصطلاحا بالشيء غير القابل للاستهلاك ، حتى ولو كان من شأن الاستعمال المتكرر أن يؤدى الى تلف الشيء أو ضعف مكانته أو تناقص قيمته .

وفى هذا المعنى ، ورد تعريف الأشياء القابلة للاستهلاك فى المادة ١/٨٤ بأنها « هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو انفاقها » . ثم أضاف المشرع فقرة ثانية الى نفس النص ، بموجبها ، يعتبر كذلك قابلا للاستهلاك « كل ما أعد فى المتاجر للبيع » .

ويتضح من هذا النص ، أن المشرع يسوى فى هذا الصدد ، بين الاستهلاك المادى للشيء والاستهلاك القانونى له . ويكون الاستهلاك فى الصورة الأولى ، بالقضاء على مادة الشيء (كحرق الوقود) ، أو بتغير صورته (كتحويل الدقيق الى خبز) . أما الاستهلاك فى الصورة الثانية ، فيكون عن طريق التصرف فى الشيء (كبيع السلعة أو انفاق النقود) .

هذا والأصل أن طبيعة الشيء هى التى تحدد ما اذا كان قابلا للاستهلاك ، بالمعنى السابق ، أم لا . غير أن الشيء ، على خلاف حقيقته ، يمكن بمقتضى ارادة ذوى الشأن ، أن يعتبر قابلا للاستهلاك أو العكس . فالنقود ، والثمار ، اذا كانت بطبيعتها قابلة للاستهلاك (بانفاقها أو بأكلها) ، فانها تصبح غير قابلة للاستهلاك اذا أعيرت للعرض فى معرض أو عدة معارض على التوالى .

٣٢٤ ـ وتبدو أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة له ، من حيث أن الحقوق التى لا تخول صاحبها سوى سلطة ، استعمال الشيء ، دون التصرف فيه ، كحق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، لا يتصور أن ترد الا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك .

ويحول دون تصور ورودها على الأشياء القابلة للاستهلاك ، ان هـــذه القابلية ستقف حائلا دون رد هذه الأشياء الى صاحبها بعد انتهـــاء حق الانتفاع بها • وكذلك الحال فيما يتعلق بالايجار والعارية ، لا يتصور أن يردا على ما يقبـــل الاستهلاك بطبيعته من الأشياء ، والا فكيف يمكن للمستأجر أو المســـتعير أن يرد الشيء الى صـــاحبه (المؤجر أو المعير) والفرض أنه قد هلك بمجرد أول استعمال له •

المطلب الرابع

فى تقسيم الأشياء الى قابلة للتعامل فيها وخارجة عن دائرة التعامل

٣٢٥ ــ بديهى أن يكون الأصل فى الأشياء هو قابليتها للتعامل فيها • ومع ذلك ، فان هناك من الأشياء ما يخرج ــ استثناء ــ عن دائرة التعامل • وفى هذا المعنى تقضى المـــادة ٨١ بأن « ١ ــ كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ، يصح أن يكون محـــلا للحقوق المـــالية • ٢ ــ والأشياء التى تخرج عن التعـــامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها • وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المـــالية » •

ويتضح من هذا النص ، أن الشيء يخرج عن التعامل فى حالتين :

أ ــ أشياء لا تقبل ، بطبيعتها ، التعامل فيها (١٢) :

٣٢٦ ــ وهى الأشياء الشائعة ، التى يكون الانتفاع بها للناس جميعا ، بحيث لا يكون من شأن انتفاع أحدهم بها حرمان الآخرين منها • أو كما عبرت الفقرة الثانية من النص سابق الذكر ، هى الأشياء « التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها » • كمياه البحار أو الأنهار ، أو أشعة الشمس ، أو الهواء ••• الخ •

---

(١٢) راجع فى هـــذه الأشياء : جوجلار (دروس مازو) ص ٢٥٣ — ٢٥٤ بند ٢٠٩ ؛ شيفالييه ص ١٣٨ •

غير أنه ، لما كان خروج هذه الأشياء عن التعامل ، انما يرجع الى طبيعتها التى تتنافى وامكان الاستئثار بها أو التسلط عليها فى مجموعها من جانب أحد الأفراد ، فان حيازة قدر منها ، ووقوعه تحت تسلط الحائز واستئثاره ، انما يدخل هذا القدر فى دائرة التعامل ، فيصبح مالكا له . ويعتبر اعتداء مشاركة الغير له فى الانتفاع بهذا القدر رغم ارادته . ومثال ذلك ، أن يقوم البعض بضغط كمية من الهواء فى أنابيب على شكل أوكسوجين ، أو باحتجاز كمية من مياه البحر فى أحواض لترسيبها واستخراج الملح منها .

ب — اشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون (١٣) :

٣٢٧ — وهى أشياء مما تقبل التعامل فيها بطبيعتها ، حيث يكون بامكان الفرد أن يستأثر بحيازتها . ومع ذلك فان القانون يحرم التعامل فيها ، وذلك فى صورتين :

أ — أشياء يحرم القانون التعامل فيها باعتبارها مخلة بالنظام العام والآداب . كالمخدرات ، والصور والأفلام الجنسية . وان كان ذلك لا يمنع من اجازة التعامل فى هذه الأشياء استثناء لتحقيق غرض معين ، كاستخدام المخدرات فى الأغراض الطبية .

ب — أشياء يحرم القانون التعامل فيها باعتبارها من الأموال العامة . ويقصد بهذه الأموال ، كما ورد فى المادة ٨٧ « العقارات والمنقولات التى للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة . والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم » .

على أن حظر التعامل فى هذه الأشياء ، مقصور بموجب الفقرة الثانية من نفس النص ، على «التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم» .

---

(١٣) راجع فى تفاصيل الاشياء التى تخرج عن التعامل فى القانون الفرنسى ؛ جوجلار (دروس مازو) كتاب ١ ص ٢٥٦ — ٢٣٦ البنود ٢١٥ — ٢٢٥ ؛ شيفالييه ص ١٣٨ .

كما أن هذه الأشياء تعود الى دائرة التعامل ، حين تفقد صفتها كأموال عامة ، بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة اما « بمقتضى قانون أو مرسوم ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العـامة » .

المبحث الثانى

الأعمـال

المقصود بالعمل كمحل للحق :

٣٢٨ — سبق أن أشرنا الى أن الأشياء ، مادية أو معنوية ، هى التى تمثل محـلا للحقوق العينية والحقـوق الذهنية . أما الحقـوق الشخصية (وسائر الحقوق غير المـالية) فان محلها يتمثل فى عمل .

غير أنه لا يقصد بالعمل ، كمحل للحق ، معناه الضيق الذى يقتصر على الصورة الايجابية منه ، والتى تتمثل فى نشاط يبذل أو جهد يقدم . وانما يتسع ليستوعب ما يطلق عليه ، اصطلاحا ، « الامتناع عن عمل » . مع ملاحظة أن المقصـود بالامتناع هنا ، ذلك القيد الذى يثقل كاهل الممتنع ، ويشكل قيدا على حريته فى مباشرة عمل هو فى ذاته مشروع ، حين يقال فى هذه الحالة بأن الممتنع عليه « واجب خاص » بعدم مباشرة هذا العمل . كبائع المحل التجارى ، يلتزم فى مواجهة المشترى ، بعـدم منافسته ، أى بالامتناع عن فتح محل مشابه فى نفس الحى . أما ما يقال له « الواجب العام » ، الذى بموجبه يفرض القانون على جميع الأفراد فى المجتمع ، الامتناع عن مباشرة أعمـال هى فى ذاتهـا غير مشروعة ، فانه مما لا يدخل فى نطـاق الامتناع (أو العمل فى صورته السلبية) كمحل للحق الشخصى ، لأنه وقـد فرضه القانون على جميع الناس ، لا يعدو سوى مجرد خضوع لأوامر القانون ، ولايشكل فى الواقع عبئا يثقل كاهل من يجب عليه احترامه ، كما ان جميع الحقوق ، بما فيها الحقوق العينية والحقوق الذهنية ، انما تفرض على الكافة مثل هذا الواجب العام باحترامها وعدم الاعتداء عليها .

ويسهل بعد هـذا التحديد ، أن نعرض لما يشترط فى العمـل ، حتى يصلح محلا للحق .

شروطـه :

٣٢٩ - ويشترط القـانون فى العمـل ، محـل التزام المدين (أو بالمقابلة ، محـل حق الدائن) ، أن يكون ممكنا ، ومعينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا ؛ وذلك على التفصيل الآتى :

١ - أن يكون العمل ممكنا :

٣٣٠ - ويقصد بهذا الشرط ألا يكون العمل مستحيلا فى ذاته استحالة مطلقة ، بمعنى أنه لا يمكن للملتزم به ، ولا لأى شخص آخـر أن يقوم به . ويستوى بعـد ذلك أن تكون هـذه الاستحالة مادية أو قانونية . ومثال الأولى ، أن يتعهد فنان بالنقش على صفحة المـاء . ومثال الثانية أن يتعهد محام بالطعن فى حكم لا يجيز القانون الطعن فيه . حين يعتبر التعهد (الالتزام) فى هذين المثلين ، باطلا ، لاستحالة محله .

أما اذا كانت الاستحالة نسبية ، لأنها خاصة بشخص المدين وحده ، حين أن العمل فى ذاته يمكن لغيره أن يقوم به ، فان الالتزام يصح ، لأنه يرد على ما هو ممكن فى ذاته . كل ما فى الأمر ، أن المدين لن يمكنه تنفيذ هذا العمل ، فيتعرض للحكم عليه بالتعويض فى مواجهة الدائن . ومثال ذلك ، تعهد شخص بالعزف فى حفلة وهو لا دراية له بأصول هذا الفن اطلاقا .

٢ - ان يكون العمل معينا او قابلا للتعيين :

٣٣١ - ولا يكفى أن يكون العمل ممكنا حتى يصح الالتزام ، وانما يجب كذلك أن يكون معينا ، أو على الأقل قابلا للتعيين ، حتى يمكن أن تتحدد - بالمقابلة - حدود حق الدائن به ، والا لمـا صح التزام المدين . فاذا تعهـد ، على سبيل المثال - مقـاول باقامة مبنى ، وجب أن يتحدد فى الاتفـاق ، مواصفات هـذا المبنى (كعدد طوابقه ، وطريقة بنـائه

وتشطيبه ... الخ) ، أو على الأقل أن يكون بالامكان استخلاص هذه المواصفات من ظروف التعاقد وملابساته ، كأن يكون من المعروف ، مثلا ، عند التعاقد أن الغرض من المبنى هو اعداده ليكون مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة .

وحين يكون مضمون العمل ، اعطاء شيء ، فانه يجب اذا كان هذا الشيء قيميا أن يتحدد بذاتيته ، أما ان كان مثليا فيكفى تحديده بنوعه ومقداره ، وان كان ليس من اللازم تحديد درجة جودته . فاذا كان المتعاقدان لم يتفقا « على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط » .

٣ - ان يكون العمل مشروعا :

٣٣٢ - بمعنى ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب ، أو مخالفا للقواعد القانونية الآمرة . فيبطل ، على سبيل المثال ، تعهد الشخص بتوريد كمية من المخدرات ، أو بتسهيل علاقة جنسية غير مشروعة ، أو تعامله فى تركة مستقبله .

الباب الثالث

إثبات الحق[1]

تمهيد : فى التعريف بالاثبات ، وبيـــان اهميته ، ومذاهب تنظيمه وما يحكمه من مبادىء اساسية :

اولا ــ تعريف الاثبات ، وبيان اهميته :

٣٣٣ ــ فى ظل مجتمع مثالى ، يأبى ضمير كل فرد فيه أن ينكر حقوق الآخرين ، قد لا تبدو لفكرة الاثبات من ضرورة كبيرة . غير أن مثل هذا المجتمع لا وجود له فى حقيقة الأمر . فحين تتعارض المصالح ، قد تنزع النفس البشرية ، بحكم كونها كذلك ، الى انكار حقوق الآخرين، ان لم يكن فى وجودها ، فعلى الأقل فى مضمونها ومداها ، بما يجعل من صاحب الحق ــ فى ظل مجتمع منظم يحظر القصاص للنفس ــ مجبرا على اثبات حقيقة ما يدعيه ، بالطرق الجائزة ، أمام السلطة التى أناط بهـا المجتمع حمـاية الحقوق وهى السلطة القضائية . ومن ثم يمكن تعريف الاثبات بأنه : اقامة الدليل ، أمام القضاء ، بالطرق المحددة قانونا ، على وجود واقعة قانونية ، ترتب فى مواجهة من ينكرها أثرا قانونيا لمن يدعيها.

٣٣٤ ــ وليس يخفى على أحد ما للاثبات من أهمية بالغة ، ما دام أن تمتع صاحب الحق بالمركز القانونى الذى يدعيه ، انما يكون ــ عند الانكار ــ رهنا باقامة الدليل عليه . فان نجح فى ذلك ، استطاع أن يفرض احترام هـذا المركز على الآخرين ، والا فان الحـق الذى يدعيه ــ مع التسليم بوجوده فى الواقع انما يصبح هو والعدم سواء ، ما دام قـد

---

(١) ينظم اثبات الحق (الالتزام) ــ الآن ــ فى مصر ، قانون مستقل ، هو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . ومن ثم فان أرقام النصوص القانونية مما يرد ذكره فى هـذا الفصل مجردا ، يقصد به أرقام نصوص هـذا القـانون .

فشل فى اقامة الدليل عليه • ويقال تعبيرا عن هذه الحقيقة بأنه يستوى حق لا وجود له مع حق لا دليل عليه • الأمر الذى حدا باهرنج الى وصف الاثبات بأنه « فدية الحق (٢) • ومثل هذا الوصف ، وان كان فى اعتقادنا غير دقيق للمعنى الذى يقصده صاحبه ، الا أنه يعكس — فى حقيقة الأمر — ما للاثبات من أهمية بالغة بالنسبة للحق •

ثانيا — تنظيم الاثبات ، ومذاهبه :

٣٣٥ — ويهدف الاثبات ، فى ضوء ما تقدم ، الى الكشف عن الحقيقة ، توصلا الى اقرار الحقوق لأصحابها • وفى سبيل ذلك يمكن أن تتعدد الطرق ، وان هدفت كلها الى محاولة الوصول الى حقيقة قضائية تتطابق تماما وحقيقة الواقع • غير أن هذا الهدف يعز عن الوصول اليه دائما أى مذهب من مذاهب الاثبات • فمن المحال — فى الواقع — القضاء على احتمال التباين بين الحقيقتين• الأمر الذى يجعل من الحقيقة القضائية محض حقيقة نسبية •

وفى سبيل تمكين القاضى من تحرى حقيقة ما يعرض عليه ، تتعدد مذاهب التنظيم القانونى للاثبات ، على النحو التالى :

(أ) مذهب الاثبات الحر :

٣٣٦ — وفيه تكون حرية القاضى طليقة من كل قيد • فأدلة الاثبات غير محددة ، بمعنى أن حرية المتقاضين مطلقة فى اختيار وتقديم الأدلة التى يرون أنها تؤدى الى اقناع القاضى ، لتكون حرية هذا الأخير بدورها مطلقة فى تقدير قيمة كل دليل يقدم • بل يمكن للقاضى أن يتخذ بين المتقاضين موقفا ايجابيا ، فيدخل من جانبه فى المحاورة القضائية أدلة اثبات لم يقدمها الخصوم •

فاذا ما كان القاضى نزيها فان هذه السلطة المطلقة تمكنه — بلاشك —

---

(٢) مشار اليه فى : جميل الشرقاوى ، الاثبات فى المواد المدنية ط ١٩٧٦ ص ٣ بند ١ •

من الوصول الى حقيقة قضائية تتطابق أو تكاد مع حقيقة الواقع ، ولذلك تأخذ التشريعات بهذا المذهب فى الاثبات الجنائى . أما فى المسائل المدنية ، فيعيب هذا المذهب — فضلا عن عدم ضمان نزاهة القضاة دائما — أن مثل هذه السلطة المطلقة للقاضى من شأنها سلب المتقاضين الاطمئنان على قيمة ما لديهم من أدلة ، ما دام أن هذه القيمة ستكون رهن السلطة التقديرية للقاضى . كما أنها خطر على الثقة فى المعاملات وعلى استقرار الروابط القانونية بما تفسحه للقاضى من تحكم ، وبما يصاحبها من اختلاف فى التقدير بين القضاة .

(ب) مذهب الاثبات الجامد (أو المقيد) :

٣٣٧ — وفى ضوء عيوب المذهب السابق يمكن تصور مذهب مناقض ، يلتزم فيه القاضى من الاثبات موقفا سلبيا محضا ، وتنظم فيه الأدلة تشريعيا من حيث تعدادها وترتيبها وقيمة كل دليل منها ، بحيث لا يبقى للقاضى أية سلطة تقديرية . عندئذ يمكن ضمان استقرار المعاملات ، وكفالة الاطمئنان للمتقاضين ، وعدم تحكم القضاة ، هذا حقيقى . لكن كل هذه العوائق انما تحول بين القاضى والوصول الى الحقيقة ، بما يؤدى الى الظلم . وقد نرى القاضى مجبرا على أن يقضى للخصم أو عليه ، مع يقينه بأن ما يقضى به ان اتفق مع قواعد الاثبات المحددة قانونا ، انما هو مجانب للحقيقة . وهكذا ففى ظل مثل هذا المذهب يبدو البين شاسعا بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية . لذلك فليس يتصور أن يأخذ تشريعا ما بهذا المذهب على اطلاقه .

(ج) المذهب الوسط :

٣٣٨ — غير أن بالامكان الجمع بين مزايا المذهبين السابقين وتلافى عيوبهما ، وذلك بأن يختط المشرع مذهبا وسطا بينهما . فيلزم القاضى أولا بأن يلتزم من الاثبات موقف الحياد كأصل ، وان جعل له — فى بعض الحالات — دورا ايجابيا محددا . كذلك تتحدد طرائق الاثبات ، وتتعين قوة بعضها ، ليكون للقاضى فى بعضها الآخر سلطة فى تقدير قيمة الدليل .

وهذا المذهب هو الذى أخذ به المشرع المصرى ، فيكون للقاضى حريته المطلقة فى تكوين اقتناعه من بعض الأدلة ، كالبينة والقرائن القضائية ، لتكون لبعضها الآخر قوة ملزمة بالنسبة له كالكتابة واليمين الحاسمة • ومزية مثل هذا المذهب أنه يكفل التقريب الى حد ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية ، دون اخلال بما يجب فى التعامل من استقرار •

ثالثا ــ نسبية الحقيقة القضائية :

٢٣٩ ــ ولما كان القاضى ، فى ظل المذهب الوسط ، يبقى مقيدا بطرق معينة فى الاثبات ، وملتزما ــ كأصل ــ بأن يقف موقف الحياد بين الخصوم ، فضلا عن أنه قد يخطىء فى تقدير قيمة الأدلة التى ترك له المشرع حرية تقديرها ؛ فان الحقيقة القضائية التى يمكنه أن يصل اليها لا تعدو ــ فى الأعم الأغلب ــ أن تكون مجرد حقيقة نسبية لا مطلقة •

غير أنه لا يصح الاعتقاد بأن من شأن مذهب الاثبات الحر أن يصل بالقاضى دائما الى هذه الحقيقة المطلقة • فمهما كان له من دور ايجابى فى الاثبات ، الا أنه لا يعدو أن يكون بشرا وسائله محدودة ، وقد يغيب عليه الكثير من الأشياء ، كما قد يخالفه سوء التقدير فيما يعلمه منها ، الأمر الذى يجعل من الحتمى التسليم بالصفة النسبية للحقيقة القضائية • ومع ذلك ، فاذا ما ثبتت هذه الحقيقة بحكم نهائى ، ومن طرق الأدلة التى قدمها الخصوم وفقا للقانون ، اعتبرت حقيقة نهائية لا يجوز تجاهلها ولا نقضها • ويقال لذلك بأنه قد ثبتت للحكم حجية الأمر المقضى •

رابعا ــ المبادىء الأساسية فى الاثبات :

وتحكم النظرية العامة فى الاثبات مجموعة المبادىء الأساسية التالية :

١ ـ مبدأ حياد القاضى :

٢٤٠ ـ ويقصد به أن القاضى يجب أن يقف من عبء الاثبات موقفا سلبيا ، فيقتصر على تلقى الأدلة التى يقدمها الخصم بالطرق ، ووفقا للاجراءات ، التى يعينها اللقانون ، ليقضى بموجبها وفق ما لها من قيمة يستقل المشرع بتحديدها ، دون أن تكون له فى ذلك أية سلطة تقديرية . كما يمتنع عليه ـ من جهة أخرى ـ أن يبادر من جانبه الى جمع أدلة غير التى قدمت من قبل الخصوم فى الدعوى ، أو أن يقضى فيها بعلمه الشخصى .

وليس من شك فيما لهذا المبدأ من مزايا سبق بيانها عند عرض مذهب الاثبات المقيد . ولكن التزامه بصفة مطلقة يحول بين القاضى واستجلاء الحقيقة ، ويصبغ على دوره صبغة آلية محضة . لذلك كان من المفهوم أن يتبنى المشرع المصرى المذهب الوسط فى الاثبات ، الذى ينطلق أساسا من مبدأ حياد القاضى ، وان اعترف له ـ مع ذلك ـ بسلطة محدودة فى توجيه الدعوى ، واستكمال الأدلة ، وتقدير قيمة بعضها ، حين يتسم موقفه فى هذا النطاق بالايجابية (٣) .

٢ ـ مبدأ المجابهة بالدليل (حضورية الأدلة) :

٢٤١ ـ ويتفرع على مبدأ حياد القاضى مبدأ آخر يقال له مبدأ المجابهة بالدليل ، أو حضورية الأدلة . ويقصد به أن كل دليل يقدم فى الدعوى من قبل أحد الخصوم يجب أن يطرح على الخصم الآخر لمناقشته وابداء الرأى بشأنه ؛ لأن دور القاضى ان كان يقتصر على تلقى أدلة الخصم وتكوين اقتناعه منها فى الحدود التى رسمها القانون ، الا أنه لا يمكن أن يأخذ بهذه الأدلة حجة مسلمة الا اذا أيدها الخصم الآخر أو على الأقل عجز عن تفنيدها . الأمر الذى يستوجب أن تطرح على هذا الأخير لابداء الرأى فيها . وفى هذا المعنى تقضى المادة / ٦٩ من قانون الاثبات بأن

---

(٣) راجع فى امثلة لهذه السلطة ؛ المواد : ٧٠ ، ١٠٠ ، ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١١٩ من قانون الاثبات .

« الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشـهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق » • وهذه المـادة وان كانت قد وردت فى خصوص الشـهادة ، الا أنها ليست — فى الواقع — سوى تطبيق للمبدأ العام فى حق الخصـم فى دحض كل دليل يقـدمه خصـمه •

٣ — لا يجوز للشخص ان يصطنع دليلا لنفسه :

٢٤٢ — وهذه قاعدة بديهية من جهة ، تشكل عماد نظام الاثبات الذى لا يتصور بدونها من جهة أخرى •

فاما أنها بديهية ، فلأن الشخص لا يمكن أن يلتزم الا بقوله أو فعله ولا يمكن أن يكون ملتزما بقول غيره أو فعله • وبنـاء عليه فان الدليل الذى يحتج به على الخصم يجب أن يكون صادرا منه أو منسوبا اليه ؛ ولا قيمة لمـا يصنعه الخصم بنفسه من وسائل ، ويسميها أدلة ، ويحتج بها على الطرف الآخر • فأى من هذه الوسائل لا يمكن أن يصدق عليه وصف الدليل •

وأما أنها عماد نظام الاثبات ، فلأن جوهر هـذا النظام أن صاحب الحق لا يجوز له أن يقتضيه بنفسه ، وانما عليه أن يلجأ — فى هـذا — الى السلطة القضائية ، ليتعين عليه أن يقيم الدليل أمامها على صحة الواقعة المنشئة للحق الذى يدعيه والا خسر دعواه مهما كانت الشـكوك تحيط بسلامة موقف خصمه • فاذا أجيز للمدعى أن يصطنع بنفسه دليلا لنفسه ، لكان معنى ذلك أن أبواب العدالة يجب أن تستجيب — دون مناقشة — لكل طارق يدعى حقا ، ما دام أنه يستوى — فى الواقع — اعفاء الخصـم كلية من عبء الاثبات ، مع الزامه به على أن يكون له أن يصطنع بنفسه ولنفسه أدلة حقة (٤) •

---

(٤) على ان هذه القاعدة تقبل — مع ذلك — استثناءات محـدودة تقتضيها اعتبارات خاصة . من ذلك — مثلا — أن دفاتر التاجر تعتبر ،=

٤ — لا يجوز اجبار الخصم على تقـديم دليـل ضد نفسه :

٢٤٣ — ويعتبر هذا المبدأ تكملة منطقية للمبدأ السابق • فما دام أن مدعى الحق هو الذى يتحمـل عبء اثبات الواقعة المنشئة له ، دون أن يكون بامكانه أن يصطنع على هذا الحق دليلا لنفسه ، ودون أن يطمع فى معاونة القاضى له فى تقديم أدلة من عنده على هذا الحق ؛ فانه ليتسق مع هذه الأفكار ألا يكون بامكان المدعى اجبار خصمه — الذى هو فى موقف الدفاع — على أن يعاونه فى معركة الاثبات ، بتقديم ما يكون تحت يده من أدلة تفيده فى ادعاءاته • ويجد هذا المبدأ تبريره فى أن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه •

غير أن هذا المبدأ لا يتعارض — بداهة — وأن يستمد الخصم دليلا مما قدمه خصمه — عن طواعية — فى الوعوى من مستندات ، كان يعتقد أنها تؤيد ادعاءاته • وللمحكمة — بالتالى — أن تكون عقيدتها من هذه المستندات ضد من قدمها (٥) •

= وفقا للمادة ١٧ من قانون الاثبات ، حجة له عما ورد لعملائه ، وان كانت حجة ناقصة يستكملها القاضى بتوجيه اليمين المتممة الى اى من الطرفين . كما أنها حجة قاصرة على ما يجوز اثبـاته بالبينة فقط . وراجع فى مثـال آخر خاص بصور المحرر ، المـادة ٢٤ من قانون الاثبات .

(٥) كذلك فقد نظمت المـادة ٢٠ من قانون الاثبـــات حالة تعتبر استثنائية على هذا المبدأ ، فيها يجوز لأحد طرفى الخصومة ان يجبر الخصم الآخر على تقـديم ما تحت يده من محررات منتجة فى الدعوى ، وذلك فى الحالات الآتيـة :

١ — « اذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه » . ومن اظهر تطبيقات هذه الحالة ما تقضى به المـادة ١٨ تجارى من انه « يجـوز للمحكمة أن تامر من تلقاء نفسها فى أثنـاء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة » .

٢ — اذا كان المحـرر « مشتركا بينه وبين خصـمه » . وهو يعتبر كذلك على الأخص ، اذا كان « لمصلحة الخصمين ، أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة » .

٣ — « اذا استند اليـه خصمه فى اية مرحلة من مراحل الدعوى » .

تقســـيم :

وتقتضى دراســة الاثبات ــ بعد هذا التمهيــد ــ أن نعرض لمحل الاثبات ، وعبء هذا الاثبات ، وأخيرا طرق الاثبات . ونخصص لكل من هذه الأفكار الثلاث مبحثا مستقلا ، على أن يلاحظ أننا سنتناولها بشكل مختصر ، اذ سوف تتاح الفرصة أمام الطالب لدراستها بشكل أوفى وأعمق فى السنة الثانية .

المبحث الأول

فى محل الاثبات

محل الاثبات هو الواقعة القانونية المنشئة للحق او الأثر القانونى :

٢٤٤ ــ عرفنا أن الحقوق ، أو الآثار القانونية الأخرى ، انماتنشأ فى المجتمع نتيجة وقائع قانونية يعترف لها المشرع بقدرتها على ترتيب هذه الآثار . فاذا ما ادعى شخص حقا من هذه الحقوق ، أو أثرا من هــذه الآثار ، فان ما يكون مكلفا باثباته عندئذ ، ليس هو ــ كما قد يبــدو للوهلة الأولى ــ الحق نفسه أو الأثر القانونى المدعى به ، وانما يجــد الاثبات محله ــ فى حقيقة الأمر ــ فى الواقعة القانونية التى أنشأت الحق أو رتبت هذا الأثر . أما استخلاص ثبوت هذا الحق أو الأثر من ثبوت الواقعة المنشئة له ، فانه مهمة القاضى ، الذى يفترض فيه العلم بالقانون، وهو يقوم بهذا الاستخلاص من طريق تطبيق القانون على تلك الواقعة .

تصنيف الوقائع القانونية ، واثره على نظام الاثبات :

٢٤٥ ــ والوقائع القانونية التى تعتبر مصدرا للحقوق ، اما أن تكون وقائع مادية أو تصرفات قانونية . ويدخــل تحت مفهــوم الوقائع المــادية ــ من حيث الاثبــات ــ كل من الوقائع الطبيعية (كالوفاة ، والميلاد) ، والفعل الضار ، والفعل النافع . حين يحيط التصرف القانونى ــ كما هو معروف ــ بكل من العقد والارادة المنفردة .

ويختلف التصرف القانونى عن الواقعة المــادية ، فى أن ما ينشأ عنه

من آثار انما هو نتيجة اتجاه الارادة اليه • حين تتميز الوقائع المادية — على العكس — بأن القانون هو الذى يحدد آثارها ، سواء اشتركت فى وجودها ارادة الشخص أم لم تشترك •

ويترك هذا الاختلاف فى الطبيعة بين التصرف القانونى والواقعة المادية أثره الهام على نظام الاثبات فى كل منهما • ذلك أن الوقائع المادية — وهى لاتسمح بطبيعتها فىأغلب صورها باعداد دليل لاثباتها — يكون من المفهوم أن يجيز المشرع اثباتها بكل الطرق • حين أن طبيعة التصرف القانونى انما تسمح — على العكس — بتهيئة الدليل عليه عند ابرامه • الأمر الذى يفهم معه أن يتطلب المشرع الكتابة — أساسا — لاثباته • اللهم الا فى التصرفات القانونية قليلة القيمة ، التى لا تتجاوز قيمتها مبلغا معينا على ما سنرى فيما بعد •

شروط الواقعة القانونية محل الاثبات :

٢٤٦ — واذا كان محل الاثبات هو الوقائع القانونية المنشئة للحقوق أو الآثار القانونية ، فليست كل الوقائع مما يجاب رافع الدعوى الى طلب اثباتها • وانما يتعين أن يتوافر فى الواقعة لتصلح محلا للاثبات عدة شروط ، بعضها تقتضيه وظيفة الاثبات القضائى كوسيلة لفض المنازعات ، وهى أن تكون الواقعة متنازعا فيها ، والبعض الآخر يرجع الى طبيعة الأشياء ، وهى أن تكون الواقعة محددة ، حين أن بعضها الثالث يقتضيه الحرص على عدم تبديد وقت وجد القضاء فيما لا طائل منه ، وهو أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها • لتقتضى اعتبارات المحافظة على النظام النام والآداب — أخيرا — أن تكون الواقعة جائزا قبولها • فشروط خمسة اذا ، يجب توافرها فى الواقعة محل الاثبات •

غير أنه لما كان الشرطان الأولان مفهومين لذاتهما ، فقد اقتصر المشرع على الشروط الثلاثة الأخيرة ، حين قضت المادة / ٢ من قانون الاثبات بأنه « يجب أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى

ومنتجة فيها وجائزا قبولها » . ونحن نوجز هذه الشروط الخمسة على النحو التالى :

١ — ان تكون الواقعة متنازعا فيها :

٢٤٧ — بمعنى أن تكون محل انكار من جانب الخصم . وهو شرط بديهى ، ما دام أن الهدف من الاثبات — كما سبق أن ذكرنا — هو اظهار الحقيقة . بيد أنه لا يوجد — فى الواقع — أقطع فى الكشف عن حقيقة واقعة ما ، من أن يعترف بها من يحتج عليه بها ، بما يجعل من العبث ، والحال كذلك ، أن ينشغل القضاء بتحقيق مثل هذه الواقعة . خاصة وأنه من غير المنطقى أن ينتهى تقدير القاضى — فى هذا التحقيق — الى عكس ما يسلم به المدعى عليه نفسه (٦) .

٢ — ان تكون الواقعة ممكنة الاثبات عملا (ان تكون محددة) :

٢٤٨ — وعملا ، لا يمكن اثبات واقعة ما الا اذا كانت محددة . سواء كانت هذه الواقعة ايجابية أو سلبية . فمن يدعى ملكية عين مثلا ، يجب أعليه أن يقيم الدليل على واقعة محددة كانت سببا فى ملكيته لها .

ويهدف هذا الشرط ، الذى تقتضيه طبيعة الأشياء — الى ضمان التأكد من أن الأدلة التى سيقدمها المدعى فى الدعوى انما تتعلق بذات الواقعة المنشئة للحق الذى يدعيه ، حتى يسير الاثبات فى حدود معروفة مقدما ، بحيث يفوت على الخصم ما يكون لديه من قصد اطالة النزاع بغير داع .

والواقعة السلبية ، شأنها شأن الواقعة الايجابية ، يلتزم المدعى

---

(٦) وقد تصبح الواقعة ثابتة ، بعد أن لم تكن كذلك ، من طريق نكول المدعى عليه عن حلف اليمين على صحتها ، أو من طريق حلف المدعى لهذه اليمين بعد ردها عليه من جانب المدعى عليه . كما قد تصبح كذلك أيضا من طريق صدور حكم بصحتها يجوز حجيه الأمر المقضى . فلا يصح فى هذه الأحوال ، ان تكون مثل هذه الواقعة — بعد ذلك — محلا لنفى أو لاثبات جديدين .

باثباتها متى كانت محددة (٧) . ويتم ذلك ـ عملا ـ عن طريق اثبات واقعة ايجابية لا يمكن أن تتحقق فى آن واحد مع هذه الواقعة السلبية . فمن يريد ـ على سبيل المثال ـ أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل الضار الذى وقع لأحد الأشخاص ، يمكنه أن يدلل على ذلك بأنه كان فى الوقت الذى وقع فيه هذا الفعل موجودا فى مكان آخر . ويعبر الفقه عادة عن هذه الفكرة بأن اثبات الواقعة السلبية يتم عن طريق اثبات واقعة إيجابية منافية أو مناقضة لها (٨) . ولعله يقصد بذلك المنافاة أو المناقضة فى الحدوث ، ما دام أن المراد ـ فى الواقع ـ باثبات الواقعة الايجابية هو تأكيد (لا نفى) الواقعة السلبية . فالواقعتان يتناقضان فى الحدوث ـ هذا حقيقى ـ ولكنهما يتسقان فى الاستنتاج أو الاستخلاص . الأمر الذى دعا البعض الى أن يفضل على هذا التعبير القول بأن هذا الاثبات يتم عن طريق اثبات واقعة ايجابية « مقابلة » للواقعة السلبية (٩) . وان كان هذا الوصف ـ بدوره ـ لا يقطع ، فى رأينا ، بالمعنى المطلوب ، ما دام أن مقابل الشىء لا يشكل دائما نقيضه ، حين أن الواقعة الايجابية لا تثبت الواقعة السلبية ، كما قدمنا ، الا اذا كان حدوثهما فى وقت واحد يبدو أمرا متناقضا (١٠) .

---

(٧) اللهم الا اذا كانت تتفق مع الوضع الثابت أصلا .

(٨) انظر مثلا : د. عبد الودود يحيى ، دروس فى قانون الاثبات ١٩٧٠ ص ١٣ ، وراجع الفقه المشار اليه هامش ٨ ، ٩ ص ٢٩٠ من نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى جـ ٢ أحكام الالتزام ١٩٧٤ د. محمود جمال الدين زكى .

(٩) راجع : محمود جمال الدين زكى : جـ ٢ احكام الالتزام ١٩٧٤ ص ٢٩٠ بند ٢٧٧ .

(١٠) غير أنه ينبغى الاحتفاظ بالفرق بين تقسيم الوقائع الى ايجابية وسلبية ، وتقسيمها الى محددة ومطلقة . فليست كل واقعة ايجابية تكون محددة ، كما لا تعنى سلبية الواقعة أنها دائما مطلقة . ويدعونا الى هذا التنبيه أنه قد يعتقد ـ خطأ ـ أن الواقعة السلبية من غير الجائز اثباتها بصفة عامة . حين ان هذا الاثبات يكون ممكنا ما دامت هذه الواقعة محددة . ويتحمل المدعى عبء هذا الاثبات ـ بداهة ـ مهما كانت صعوبته. اذ لا يمكن أن يكون من شأن هذه الصفة أن تعفيه من عبء الاثبات لتلقى به على الطرف الآخر ، « والا كان يسيرا على غير ذى الحق كسب دعواه بالاستناد الى ما يستحيل اثباته » (محمود جمال الدين زكى ، المرجع=

٣ — أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به :

٢٤٩ — ويقصد بهذا الشرط ألا تكون الواقعة المراد اثباتها مبتوتة الصلة بموضوع النزاع • وهو شرط بديهى ، حتى لا يتشتت جهد القاضى ويضيع وقته فيما لا طائل من ورائه •

ولاشك فى تعلق الواقعة المراد اثباتها بالحق المطالب به اذا كانت هى مصدره المنشىء المباشر (كما اذا طلب المدعى اثبات عقد القرض الذى أصبح بموجبه دائنا بالحق موضوع المطالبه) • غير أن هذا الاثبات المباشر قد يكون متعذرا فى الكثير من الأحيان • فيلجأ المكلف بالاثبات الى طلب اقامة الدليل على واقعة أخرى ليست هى المصدر المنشىء المباشر للحق أو الأثر القانونى الذى يدعيه • غير أنه لما كانت هذه الوقائع الأخرى يمكن أن تتعدد ، فان القاضى لا يستجيب لهذا الطلب الا اذا كانت الواقعة الأخرى المراد اثباتها قريبة من الواقعة التى تعتبر المصدر المباشر للحق أو الأثر القانونى ، بحيث يستفاد من ثبوت الأولى ثبوت الثانية ، أو على الأقل الاحتمال الراجح بصدقها ، بحيث ينتقل عبء دحضها الى عاتق الطرف الآخر[11] •

وبديهى أن أمر ما اذا كانت واقعة ما تعتبر متعلقة بموضوع الدعوى أم لا ، انما يتوقف على ظروف كل دعوى على حدة • الأمر الذى يجعل

= السابق ص ٢٩٢ بند ٢٧٧ والفقه المشار اليه فى هامش ٢٤ من نفس الموضع) •

(١١) فاذا طالب البائع — على سبيل المثال — بثمن الشىء المبيع ، فلا يقبل من المشترى ، فى سبيل التدليل على الوفاء بهذا الثمن ، أن يثبت عقد بيع اعاد بموجبه بيع هذا الشىء الى مشترى ثانى ؛ لأن الواقعة المراد اثباتها لا صلة لها بموضوع الدعوى المرفوعة عليه من المشترى. اذ ليس من تلازم بين حصول هذا الأخير على الثمن كبائع (فى العملية الثانية) ، وقيامه بسداد الثمن من جانبه كمشترى (فى العملية الأولى). انما يستطيع البائع — على العكس — فى سبيل دفعه لدعوى ضمان العيب الخفى المرفوعة عليه من جانب المشترى ، أن يثبت واقعة أن الشىء المبيع كان مملوكا من قبل لهذا المشترى وأنه اشتراه منه . ذلك أن سبق ملكية المشترى للشىء تفيد معنى علمه بما فيه من عيوب .

الفصل فى هذه المسألة من اطلاقات قاضى الموضــوع ، على أن يبين فى حكمه الأســباب التى أدت به الى هــذا الاستخلاص ، والا كان حكمه مشوبا بالقصور فى التسبيب ومتعينا نقضه •

٤ ــ ان تكون الواقعة منتجة فى الاثبات :

٢٥٠ ــ ويقصد بهذا الشرط أن يكون من شأن الواقعة المراد اثباتها أن تؤثر فى الفصل فى الدعوى ، بأن تســاهم فى تكوين عقيــدة القاضى بوجود الحق أو الأثر القانونى المدعى به • وان كان لا يستلزم أن يصل انتاجها ــ فى هذا الشأن ــ الى أن تشكل وحدها الدليل القاطع على هذا الحق أو الأثر القانونى بل يكفى أن تساهم مع غيرها فى تكوين الدليل الذى يطمئن اليه القاضى ويصدر حكمه على أساس منه •

وبديهى أن الواقعة المنتجة فى الاثبات ــ بهذا المعنى ــ لابد وأن تكون متعلقة بالدعوى ، ولكن العكس غير صحيح ، بمعنى أنه اذا كانت كل واقعة منتجة فى الدعوى تكون متعلقة بها فانه ليست كل واقعة متعلقة بالدعوى تكون منتجة فيها (١٢) •

---

(١٢) الأمــر الذى يفسر استغناء المشرع الفــرنسى عن شرط تعلق الواقعة بالدعوى مكتفيا بشرط انتاجها فيها . واذا كان المشرع المصرى قد جمــع ــ فى المــادة ٢ اثبــات ــ بين الشرطين ؛ فإنه يبدو ــ فى ذلك ــ قد راعى الاعتبارات العملية ؛ لأن تبين ما اذا كانت الواقعة منتجة فى الاثبات أم لا ، من الأمور التى لا تعرف من النظرة الأولى ، وانما ــ على العكس ــ تستدعى فحص هذه الواقعة فى ضوء الطــريق الذى يسير فيه الاثبات من جانب المتنازعين لتلمس اثرها فى ثبوت الادعاء . فجعل للقاضى ــ بهــذا الشــكل ــ ان يقبــل كل الوقائع التى يطلب الخصم اثباتهــا ما دامت تتصــل بموضــوع النزاع ، ليكون له ــ بعد ذلك ــ أن يستبعد من بينها ما لا تبدو من ثبوته فائدة فى الفصل فى الدعوى . راجــع فى تفاصيل ذلك جميل الشرقاوى (الاثبات) ص ١٧ بنــد ٧ والفقه المشار اليــه هامش ١ من نفس الموضع •

٥ ــ أن تكون الواقعة جائزة الاثبات :

٢٥١ ــ بمعنى ألا يكون اثباتها مستحيلا ، اما لاعتبارات عقلية أو منطقية ، أو لاعتبارات فنية ، أو لاعتبارات قانونية .

فمن المستحيل منطقيا ــ على سبيل المثال ــ اثبات رابطة البنوة بين شخص وآخر يصغره سنا . كما تقضى اعتبارات الصياغة الفنية ألا يقبل اثبات عدم صحة حكم قضائى لما فى ذلك من مخالفة لحجية الأمر المقضى . كذلك قد يحظر المشرع اثبات وقائع معينة لاعتبارات قانونية تتصل بحماية النظام العام والآداب . فلايجوز ــ مثلا ــ اثبات دين قمار .

المبحث الثانى

فى عبء الاثبات

أهمية تحديد من يتحمل عبء الاثبات :

٢٥٢ ــ يقتضى مبدأ حياد القاضى ــ على النحو السابق بيانه ــ أن يقف هذا الأخير من الاثبات موقف الحكم بين الخصوم . فيقتصر على تلقى ما يقدم فى الدعوى من أدلة ، لينتهى منها الى اقرار الحقوق لأصحابها . ومن هنا كان الاثبات ــ فى الواقع ــ واجب الخصوم ، وتعين ــ تبعا لذلك ــ تحديد أى منهم يتحمل هذا العبء ، ما دام أنه من غير المقبول منطقيا اعفاء كلا الطرفين منه ، والا تعذر على القاضى الفصل فى الدعوى ، أو القاؤه عليهما معا فى آن واحد ، لاستحالة اثبات الحقيقة ونفيها فى نفس اللحظة . فكان لابد اذاً من أن يتحمل أحد الخصمين بعبء الاثبات . ومن هنا جاءت الأهمية البالغة لتحديد هذا الخصم ، مادام أنه سيكتفى من الطرف الآخر بموقف سلبى بحت . حتى اذا ما فشل المكلف بعبء الاثبات فى النهوض به خسر دعواه ، حين يعتبر الطرف الآخر ــ بالمقابلة ــ قد كسبها .

لماذا توصف بالعبء ، مهمة الخصم فى اقامة الدليل ؟

٢٥٣ ــ وقد جرى وصف مهمة الخصم فى اقامة الدليل على ما يدعيه بـ العبء . فيقال مثلا ، أن عبء الاثبات يقع على عاتق المدعى .

ويعتبر هـذا الوصف — في الواقع — تعبيرا دقيقا عما يحدث فى معركة الاثبات فى الأعم الأغلب من الحالات ، اذ نادرا ما يكون الخصم قد احتاط مقدما لهذه المهمة فهيأ لنفسه من الأدلة على حقه ما لا يخضع لتقدير القاضى ، كالكتابة مثلا ، والا فانه عندئذ لن يشعر بأنه فى مهمته هـذه يتحمل عبئا . أما فى الأعم الأغلب ، فان ما يكون تحت يده من أدلة : اما أنه يعتوره النقص ، واما يكتنفه الغموض . بيد أن القـاضى — كما قلنا — لن يساعده فى مهمة الاثبات . فيجد الخصم — من ثم — أن عليه وحـده مهمة اقناع القاضى بسلامة مركزه ، بالرغم من غموض أدلته أو نقصها ، فيشعر — عندئذ — بمعنى العبء فى قيامه بهذه المهمة . هـذا الى أنه — فى سبيله الى اقناع القاضى — لن يكون أمامه عندئذ الا أحـد حلين : فاما أن يركن الى ضمير الخصم بتوجيه اليمين اليه ، أو طلب استجوابه ، أملا فى الحصـول على اقرار منه ، وعندئذ ، فانه سيكون فى الواقع تحت رحمة هـذا الخصم . واما أن يقدم من الأدلة ما يخضع لتقدير القـاضى ، كشهادة الشهود ، حين يتعرض لاحتمال أن يخذله القاضى اذا لم يطمئن — هذا الأخير — الى الدليل المقدم .

القاعدة : عبء الاثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الثابت اصـلا ، او الثابت فعلا ، او الثابت حكما :

(ا) الوضع الثابت اصـلا :

٢٥٤ — حتى تستقر الحقوق لأصحابها ، ويسود الأمن والطمأنينة أفراد المجتمع ، لابد من افتراض شرعية الأوضاع القائمة . بمعنى أن من يوجد فى مركز معين لا يكون مطالبا باقامة الدليل على شرعيته . وانمـا — على العكس — يتعين على من يدعى خلاف هذه الأوضاع القائمة ، أن يقيم الدليل على صحة زعمه . ويقال — تبعا لذلك — أن عبء الاثبات يقع — ابتداء — على عاتق من يدعى خلاف الثابت أصـلا ، أى خلاف الوضـع العادى أو المـألوف الذى يتفق مع طبيعة الأمور فى الحيـاة الاجتماعية .

٢٥٥ — ولما كان الوضع العادى أو الطبيعى للأمور، ألا يكون الانسان مدينا ، بحسبان الالتزام قيدا يطرأ على الذمة المالية للشخص ، فان من يدعى — على خلاف هذا الأصل — بأنه دائن لشخص ما ، يكون عليه عبء اثبات هذا الادعاء ، باقامة الدليل على الواقعة التى أنشأت له هذا الحق • ويقال — تبعا لذلك — بأنه : فى مجال الحقوق الشخصية ، فان الأصل هو براءة الذمة •

٢٥٦ — كذلك فان الوضع الطبيعى للأمور ، أن مالك الشىء ، أو صاحب الحق العينى عليه ، هو الذى يباشر على هذا الشىء من السلطات ما تقتضيه طبيعة هذا الحق ، وما يظهره أمام الناس بمظهر المالك • فيكون — من ثم — على من يدعى خلاف هذا الظاهر ، أن يقيم الدليل على زعمه • ويقال — تبعا لذلك — بأنه : فى مجال الحقوق العينية ، فان الأصل هو الوضع الظاهر • وعلى ذلك ، فان من يحوز عقارا مثلا ، يعتبر — بحسب الأصل — هو مالكه • فاذا زعم آخر بأنه هو المالك لهذا العقار بالرغم من عدم حيازته له ، كان عليه هو أن يثبت الواقعة التى أكسبته هذه الملكية •

٢٥٧ — غير أن التزام هذا المبدأ على اطلاقه ، وتحميل المدعى عبء الاثبات كاملا ، بمعنى بقاؤه يرزح تحت هذا العبء الى أن يقدم الدليل القاطع على صحة ادعائه ، قد يجعل من الاثبات — فى الكثير من الحالات — عقبة تحول بين صاحب الحق واقتضاء حقه ، فيخسر دعواه ، وربما قد قطع فى سبيل التدليل على حقه شوطا طويلا • لذلك فان القضاء — عملا — لا يلتزم هذا المبدأ على اطلاقه ، وانما يقوم بتوزيع عبء الاثبات بين الخصوم ، مستندا فى ذلك الى ما يخوله له المشرع من سلطة فى أن يستنبط من قرائن الحال بعض الأمور غير الثابتة ، والى ما يتركه له فى هذا الاستنباط من سلطة واسعة فى التقدير ، فيكتفى من المدعى بأن يقدم من الأدلة ما يحمل على الظن الراجح بصحة ادعائه ، ليلقى بعبء اثبات العكس على الطرف الآخر ، ليكون عقيدته فى النهاية من مجموع ما يدلى به الخصمان اثباتا ونفيا •

(ب) الوضع الثابت فعــلا :

٢٥٨ — فاذا نجح المدعى فى اقناع القاضى بحقيقة ادعائه ، أصبح هــذا الادعاء ، بالرغم من مخالفته للأصل ، ثابتا فعلا ، وكسب بالتالى دعواه ، ما دام أن المدعى عليه قد سلم بهذا الثبوت • غير أن هذا الأخير قد يدعى ما يخالف هذا الذى ثبت فعلا ، حين يتعين عليه هو أن يقيم الدليل على صحة ادعائه • فاذا أثبت المدعى — على سبيل المثال — عقد القرض الذى أصبح بموجبه دائنا للمدعى عليه ، أصبحت مديونية هــذا الأخير ثابتة فعلا • فاذا ما زعم أن التزامه فى مواجهة الدائن قد انقضى ، كان عليه هو أن يقيم الدليل على الواقعة التى أدت الى هذا الانقضاء (كوفاء ، أو ابراء •• الخ) • وعلى هذا جرى نص المــادة الأولى من قانون الاثبات حين قضت بأن : « على الدائن اثبــات الالتزام ، وعلى المدين اثبــات التخلص منه » • وهذا النص ، ما هو — فى الواقع — الا تقنين لمبدأ عام مفاده أن عبء الاثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الثابت أصلا أو فعلا•

غير أن الملاحظ فى هذا الشأن — أن الفقه يتحرز من اطلاق وصف الثابت فعلا على ما ينجح المدعى فى اثباته مما يخالف الأصل • ويفضلون عليه وصف الثابت « عرضا » (١٣) ، لمــا يحتمل من نجاح المدعى عليه فى اقامة الدليل على ما يخالفه ، معتقدين أن من شأن هــذا النجاح أن يدحض ما أثبته المدعى • غير أن هذا التحليل — فى الواقع — غير دقيق لأسباب متعددة :

فمن ناحية ، قد يسلم المدعى عليه بما أثبته المدعى ، وعندئذ يكسب المدعى دعواه ، فهل نقول — عندئذ — بأن القاضى قــد بنى حكمه على مجرد ما ثبت عرضا من وقائع ؟ • واذا قلنا بأن الأمر هنا يصبح وقد ثبت فعــلا ، فيصير التساؤل عن السبب فى هذا التحول الذى طرأ على درجة الثبوت •

---

(١٣) انظر مثـــلا : عبد الودود يحيى (الاثبات) ص ١٦ بند ١٢ ؛ جميــل الشرقاوى (الاثبات) ص ٢٣ بند ١١ •

ومن ناحية أخـرى ، فان نجاح المدعى عليه فى اثبـات ادعائه ، لا يدحض — فى اعتقادنا — ما أثبته المدعى فعـلا • انما هو فى الواقع يؤكده ، ما دام أنه يثبت زواله ، وزوال الشىء دليل على سبق وجوده • فالمدعى عليه — فى المثال السابق — حين يثبت الواقعـة التى أدت الى انقضـاء الالتزام ، فانه يؤكد بذلك ما أثبته المدعى فعـلا من أنه كان دائنا له ، وان كانت هذه المديونية قد انقضت •

وهكذا نتنهى فى هـذا الشأن ، الى أنه فى معركة الاثبات ، يغدو القدر الذى نجح المدعى فى اقامة الدليل عليه قد ثبت فعـلا لا عرضا ، ليكون على من يدعى ما يخالفه اقامة الدليل على ادعائه • بل قد لا نكون مغالين اذا قلنا بأنه حتى فى هذا الفرض ، فان المدعى عليه انما يدعى خلاف الثابت أصلا ، ما دام أن الوضع الطبيعى للأمور هو بقـاء الأشياء على حالها ، فيكون الزعم بزوالها من قبيل الادعاء بما يخالف الأصل •

٢٥٩ — ولعله يلاحظ — فى النهاية — من المثال الذى سقناه ، أن المدعى عليه هو الذى يتحمل عبء اثبات ما يدفع به من انقضاء الالتزام • حين ينقلب — فى الواقع — بهذا الدفع مدعيا ، فيتحمل بالتالى عبء اثباته لادعائه • الأمر الذى يبين منه أنه لا تلازم بين المدعى فى نظرية الاثبات ، والمدعى فى نظرية الدعوى •

(ج) الوضع الثابت حكما :

٢٦٠ — وقد يرى المشرع — لاعتبارات معينة — أن يخفف عبء الاثبات على من يجب عليه أن يتحمله ، فيستبدل بالواقعة الأصلية التى كان يجب عليه اثباتها واقعة أخرى أسهل منها فى الاثبات ، مفترضا ثبوت الأولى من مجرد ثبوت الثانية ، لتكون الواقعة الأولى — على هـذا النحو — ثابتة حكما • وهذا الاستبدال هو ما يسمى بالقرينة القانونية •

غير أنه لمـا كان ثبوت الواقعة الأصلية بموجب القرينة ، مبنى على

مجرد الافتراض القانونى ، يصبح من المفهوم ، أن يكون الأصل فى هذه الحالة ، جواز نفى هذه القرينة بالتدليل على عدم صحة الواقعة الأصلية التى افترض المشرع ثبوتها . ولكن يلاحظ فى هذه الحالة أن المدعى عليه فى الواقعة الأصلية هو الذى تحمل عبء اثبات نفيها ، ومن ثم تؤدى القرينة ـ على هذا النحو ـ الى نقل عبء الاثبات من على عاتق المدعى ، لتلقيه على عاتق المدعى عليه . وفى هذا المعنى تقضى المادة ٩٩ اثبات بأن « القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أى طريقة أخرى من طرق الاثبات . على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

ومن الأمثلة البارزة لهذه القرائن ، ما تقضى به المادة ٥٨٧ مدنى ، فى خصوص عقد الايجار ، من أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » ، وبموجبها يفترض سداد الأجرة السابقة على القسط الذى يدلل المستأجر على سداده ، ليتعين على المؤجر أن يقيم الدليل على أنه بالرغم من استيفائه لهذا القسط ، لم يكن قد استوفى ما قبله من أقساط . حين أنه دون هذه القرينة ، لكان يجب على المستأجر ـ وقد أثبت المؤجر عقد الايجار « الالتزام » ـ أن يقيم الدليل على سداد جميع أقساط الأجرة ، بحسبانه يدعى التخلص من الالتزام .

* * *

٢٦١ ـ ويبقى ـ فى النهاية ـ أن نشير ، الى أن القواعد الموضوعية المتعلقة بالاثبات ، سواء ما تعلق منها بعبئه ، أو طرقه ، لا تعتبر كلها من النظام العام . وبالتالى يجوز الاتفاق على مخالفتها .

المبحث الثالث

طرق الاثبات

حصر الأدلة :

٢٦٢ ـ حصر المشرع أدلة الاثبات فى : الكتابة ، وشهادة الشهود ،

والقرائن (وحجية الأمر المقضى) ، والاقرار (واستجواب الخصوم) ، واليمين ، والمعاينة ، والخبرة ،

ويتضح من طبيعة كل من المعاينة والخبرة ، أنهما لا تحتاجان فى تنظيمهما لغير القواعد الاجرائية التى تبين كيفية الالتجاء لكل منهما ، ولذلك كان المشرع المصرى — قبل صدور قانون الاثبات الحالى — يعالجها فى اطار قانون المرافعات •

أما الاقرار واليمين ، فانهما لا يعتبران — فى الواقع — من أدلة الاثبات الا تجوزا • ذلك أن اقرار الخصم بالواقعة المدعى بها عليه ، ينفى عنها وصف المتنازع فيها ، فتصير فى غير حاجة الى اثبات • وعليه ، فاذا ما صدر اقرار المدعى عليه فان الحق الذى يثبت للمدعى انما يثبت فى الواقع بهذا الاقرار وليس بحكم القاضى ، فيصير الاقرار — بهذا الشكل — أقرب ما يكون الى الفصل فى النزاع قبل الحكم فى الدعوى • وكذلك الأمر فى اليمين ، حيث لا يلجأ اليها المكلف بالاثبات الا اذا عجز عن تقديم الدليل ، فلا يجد مفرا من الاحتكام الى ضمير خصمه ، فاذا نكل هذا الأخير عن حلفها كسب المدعى دعواه ، حين تنزل اليمين فى هذه الحالة منزلة الاقرار من جانب الناكل • أما اذا حلفها فخسر المدعى دعواه ، فلا يكون ذلك على أساس من ثبوت الحق باليمين ، وانما لأنه يكون — بهذا الشكل — قد عجز عن تقديم الدليل على ادعائه •

وهكذا لا يبقى من أدلة الاثبات بالمعنى الدقيق سوى : الكتابة ، وشهادة الشهود ، والقرائن • ليضاف اليهما على سبيل التجوز ، كلا من الاقرار واليمين •

تصنيف الأدلة :

٢٦٣ — ويجرى الفقه تصنيفات متعددة لهذه الطرائق الخمس ، نفضل منها ، تصنيف هذه الأدلة ، وفقا لدورها فى الاثبات ، حين تنقسم الى أدلة عادية (أو أصلية) ، وأدلة احتياطية • ويندرج تحت النوع الأول

كلٌ من الكتابة ، وشهادة الشهود ، والقرائن ، لما يتحقق فيها من معنى الدليل باعتباره وسيلة لاقناع القاضى بحقيقة الادعاء ، حتى يصدر حكمه بناء على هذا الاقتناع • حين يعتبر الاقرار واليمين من قبيل الأدلة الاحتياطية ، لاقترابهما من أن يكونا صورا للفصل فى النزاع قبل الحكم فى الدعوى ، فلا يتحقق ــ بالتالى ــ فيهما معنى الدليل الا تجوزا •

ونعالج ــ فيما يلى ــ هذه الأدلة ، بالقدر الذى يكفى لمجرد القاء الضوء عليها ، ذلك أنها ستكون محل دراسة تفصيلية ، بشكل أوفى وأعمق ضمن مادة الالتزامات بالسنة الثانية •

اولا : ادلة الاثبات العادية (الأصلية)

١ ــ الكتابة :

٢٦٤ ــ تعتبر الكتابة ــ بحق ــ من أهم وسائل الاثبات ؛ لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة ، فتتميز على الشهادة بعدم امكان تحريفها ، ما دام أنها دليل يتعاصر فى اعداده مع تكوين التصرف القانونى ، فيفرغ فيه كل من الطرفين وبكل الوضوح اللذين يريدانه ، حقيقة ما اتفقا عليه من فوره • حين تنطوى الشهادة ــ بالمقابلة ــ على مخاطر أن تخون بالشاهد ذاكرته ، لفوات وقت قد يكون طويل على الواقعة التى يشهد عليها ، أو أن يخالف الشاهد ضميره ، فلا تكون شهادته عنوانا للحقيقة • حين أن المحرر كدليل لاثبات التصرف، انما يعد فى وقت لا تكون فيه لأى من الطرفين مصلحة فى تحويره • كذلك تفتقر القرائن القضائية ــ بدورها ــ الى التأكيد الذى تتميز به الكتابة •

لكل ذلك يصبح من المفهوم أن يجعل المشرع من الكتابة وسيلة الاثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية ، معترفا لها ــ فى نفس الوقت ــ بقوة اثبات مطلقة ، حيث يمكن أن تثبت بها جميع الوقائع : أعمال مادية ، أو تصرفات قانونية ، حين لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية ــ كما سنرى ــ الا قوة اثبات محدودة •

٢٦٥ — هذا وتنقسم المحررات (الكتابة) الى نوعين : أحدهما يتولى تحريره موظف عام مختص ، حين تسمى لذلك بالمحررات الرسمية ، أما الثانية فتصدر من الأفراد ، حين تسمى لذلك بالمحررات العرفية .

فأما المحررات الرسمية فهى تلك « التى يثبت فيهـا موظف عام ، أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم على يديه ، أو ما تلقـاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقا للأوضاع القانونية ، وفى حدود سلطته واختصاصه » (م ١٠ اثبات) . ولمـا كان المحرر الرسمي يصدر عن موظف عام يوليه المشرع ثقته ، ويفترض فيه أنه نزيه ، خاصة وقد منع هذا الموظف من أن يتولى تحرير الأوراق التى يكون له فى تحريرها مصلحة شخصية أو تربطه بأحد أطرافها أو الموقعين عليها صلة قرابة حتى درجة معينة ، يصبح من المفهـوم أن يعترف المشرع للمحرر الرسمى بحجية قوية فى الاثبـات ، اذ تكون هذه المحررات « حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته ، أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا » (م ١١ اثبات) .

٢٦٦ — أما المحرر العرفى فانه الكتابة التى يوقعها شخص ، قصدا الى اعداد دليل على واقعة . ولمـا كان هذا المحرر يفتقر الى الضمانات التى تتوفر فى المحرر الرسمى ، حيث يصدر من شخص عادى تكون له مصلحة فيما هو مدون به ، يصبح من المفهوم أن يجعل المشرع حجيته بصدوره عمن وقعه ، وقفا على اعتراف هذا الأخير بصحة هذا التوقيع ، أو — على الأقل — بعدم انكاره له . فاذا ثبتت صحة التوقيع على المحرر العرفى ، أو لم تكن — من البداية — محل انكار ممن ينسب اليه المحرر كان لهذا الأخير حجيته بالنسبة لحقيقة المدون به ، ما لم يثبت العكس .

٢٦٧ — هذا ويستلزم القانون تقديم الدليل كتابى ، اذا كان محل الاثبـات هو تصرف قانونى مدنى ، تزيد قيمته على عشرين جنيهـا ، أو يكون غير محـدد القيمة (م ٦٠ اثبات) . كذلك يلزم تقديم هـذا الدليل ، ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها ، اذا كان المراد اثباته هو

ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى (م ٦١ اثبات) . وان كانت هذه القواعد لا تسرى الا على طرفى التصرف (العاقدين) وخلفهما العام ، حيث يمكنهم تهيئة الدليل الكتابى عليه . أما من بعيدا عن الاتفاق فانه يعتبر غيرا فى هذا التصرف ، بحيث ينزل هذا الأخير منه منزلة الواقعة المــادية ، فيجوز له اثباته بجميع الطرق ، حيث لا يسهل — فى الواقع — عليه أن يهيىء مقدما مثل هذا الدليل . كما أن بامكانه كذلك — بداهة — أن يثبت عكس أو ما جاوز ما اشتمل عليــه الدليل الكتابى بكل طرق الاثبــات .

٢ — شهادة الشهود (البينة) :

٢٦٨ — يقصد بالبينة أو شهادة الشهود — فى خصوص الاثبات — اخبار الشخص فى مجلس القضــاء ، بواقعة حدثت من غيره ، ترتب حقا لغيره . فلا تتصور الشهادة — بداهة — الا فى مجلس القضاء ، ما دام أنها تفترض بالضرورة سبق وجود نزاع . كما أن ما يدلى به الشخص أمام القضاء لا يعتبر من قبيل الشهادة الا اذا كان — من ناحية — يرتب حقا لغيره ، ومن ناحية أخرى ، فى ذمة غيره . أما اذا كان يرتب حقا له هو أو عليه ، لكان ادعاء فى الحالة الأولى ، واقرارا فى الحالة الثانية .

ويلزم فى الشهادة ، من ناحية ، أن يكون ما يدلى به الشاهد مما اتصل بعلمه بشكل مباشر ، فأدركه بحواسه من طريق السمع أو البصر حسب طبيعة الواقعة التى يشهد عليها . أما اخبار الشخص بواقعة اتصلت بعلمه نقلا عن الغير (وهو ما يسمى بشهادة التسامع) فانه لا يصدق عليه وصف الشهادة بمفهوم الاثبات . كما يلزم — من ناحية أخرى — أن يكون الشاهد قد بلغ سنا معينة تسمح له بادراك حقيقة ما يخبر به (١٥ سنة وفقا للمادة ٦٤ اثبات) ، وأن يكون — بالاضافة الى ذلك ، فى حالة تمكنه من أداء الشهادة . فان لم يكن قد بلغ هذه السن فلا تسمع أقواله الا على سبيل الاستدلال . وليس يلزم بعد ذلك أن تنقطع كل صلة بين الشاهد

ومن يدلى بأقواله لصالحه ، فتقبل الشهادة ولو كان الشاهد قريبا أو صهرا لأحد الخصوم ، ولا خطورة فى ذلك ، ما دام أن الشهادة ليست دليلا ملزما للقاضى .

٢٦٩ — وتفترق البينة عن الكتابة فى أنها مجرد دليل مقنع للقاضى، وليس ملزما له . فقد يطرح أقوال الشهود كلية اذا لم يطمئن اليها . وقد يجزىء أقوال الشاهد فلا يأخذ الا ببعضها . وقد يرى تغليب أقوال القلة على قول الكثرة . بل قد يرفض ما يطلبه الخصم من تقديم البينة على ادعائه اذا وجد فى ظروف الدعوى ما يكفى لتكوين اقتناعه ، ولو كانت الواقعة مما يجوز اثباته بشهادة الشهود .

٢٧٠ — هذا وليست للشهادة قوة اثبات مطلقة ، بمعنى أن تكون مقبولة فى هذا الاثبات كأصل . اللهم الا فيما يتعلق بالوقائع المادية ، والتصرفات التجارية ، والتصرفات المدنية التى لا تتجاوز قيمتها عشرين جنيها . أما فيما عدا هذا الاطار ، فلا تقبل الشهادة فى الاثبات الا استثناء من لزوم الدليل الكتابى : حين يكون هناك ما يسمى بمبدأ الثبوت بالكتابة (١٤) ، أو اذا كان هناك مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى ، أو حين يفقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه . (المواد ٦٢ ، ٦٣ أ — ب اثبات) .

٣ — القرائن القضائية :

٢٧١ — قد يجد القاضى من بين وقائع الدعوى المعروضة عليه ، واقعة يؤدى ثبوتها الى استخلاص حقيقة الأمر المدعى به ، فيقضى بثبوت هذا الأمر من ثبوت هذه الواقعة . ومثاله : أن يجد القاضى واقعة قرابة تربط بين البائع (المدين) والمتصرف اليه ، فيستخلص منها حقيقة ما يدعيه الدائن من صورية هذا التصرف .

---

(١٤) وهو « كل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال » . (م ٦٢ — ٢ اثبات) .

ووجود هذه الواقعة فى مقابلة الأمر المدعى به ، هو ما يمكن — فى اعتقادنا — أن يسمى بالقرينة . فهذه الأخيرة ليست ، كما يتصور البعض، الواقعة نفسها التى يجرى منها الاستنباط (١٥) . كما أنها أيضا ليست — كما يتصور البعض لآخر ، عملية الاستنباط ذاتها (١٦) فالاثبات بالقرينة يفترض ، من ناحية ، توافر ركنها المادى من وجود واقعة ثابتة (يقال لها الأمارة) فى مقابلة أمر مدعى به ، ثم عملية استنباط يقرب فيها القاضى بين هـذه وذاك ، ليستخلص فى النهاية ثبوت صحة الادعاء من ثبوت هـذه الواقعة .

٢٧٢ — وعلى أية حال فان المادة ١٠٠ اثبات تترك « لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون » . غير أنه لما كان قد يخطىء فى عملية الاستنباط هـذه ، يصبح من المفهوم لذلك أن تتقرر للقرائن القضائية حجية اثبات ضعيفة . فهى مجرد دليل مقنع للقاضى . لا يصلح الا فيما تصلح البينة لاثباته .

ثانيا : ادلة الاثبات الاحتياطية

١ — الاقرار :

٢٧٣ — أما الاقرار فانه عمل ارادى مقصود ، بموجبه يعترف الشخص بالحق الذى يدعيه عليه الغير ، خلافا لمبدأ براءة الذمة . أو — على الأقل — يعترف بالواقعة القانونية المنشئة للحق أو الأثر القانونى المدعى . وهو اذا صدر أمام القضاء سمى بالاقرار القضائى ، ما دام أنه

---

(١٥) راجع مثلا : محمود جمال الدين زكى (نظرية الالتزام) حـ ٢ (أحكام الالتزام) ط ١٩٧٤ ص ٣٦٤ بند ٣٣١ نقلا عن دى باج ؛ جميل الشرقاوى (الاثبات) ص ٩٥ بند ٥٣ ؛ ويقترب اسماعيل غانم : فى النظرية العامة للالتزام حـ ٢ ط ١٩٦٧ ص ٥٠٤ بند ٣٢٩ .

(١٦) راجع مثلا : احمد أبو الوفا : التعليق على نصوص الاثبات ط ١ ١٩٧٨ ص ٢٢٢ ؛ احمد نشأت ، رسالة الاثبات حـ ٢ (فى التعهدات) ط ٥ ١٩٥٠ ص ٦٧ بند ٦١١ ؛ ويقترب عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ط ٢ ١٩٥٤ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ بند ٢١٩ ؛ سليمان مرقس ، أصول الاثبات فى المواد المدنية ط ٢ ١٩٥٢ ص ٢٥١ بند ١٥٦ .

يحصل من المقر أثناء نظر الدعوى متعلقا باحدى وقائعها . وهذا النوع من الاقرار هو الذى نظمه المشرع فى المادتين ١٠٣ ، ١٠٤ من قانون الاثبات . لكن الاقرار يمكن أن يكون غير قضائى ، اما لأنه يتم فى غير مجلس القضاء ، أو لأنه يتم فى غير الدعوى المتعلقة بالواقعة محل الاقرار . حين لا يختلف هذا النوع الأخير من الاقرار فى أحكامه عن الاقرار القضائى . كل ما فى الأمر أنه يتعين أولا « التثبت من وجوده ، وتوافر العناصر التى تجعله اقرارا حقيقيا » (١٧) ، وبصفة خاصة جدية المقر فيما يدلى به من اعترافات .

٢٧٤ ــ والاقرار لا يعتبر ــ فى الواقع ــ من طرق الاثبات الا تجوزا فى التعبير . لأن الخصم اذا ما أقر بالواقعة المدعاة ، أصبحت هذه الأخيرة غير متنازع فيها ، أى أصبحت فى غير حاجة الى اثبات . واذا أصدر القاضى حكمه للمدعى ، فان الحق يثبت لهذا الأخير لا بموجب حكم القاضى . وانما بموجب اقرار المدعى عليه .

وينتج الاقرار أثره ــ بحسبانه عملا فرديا ــ دون حاجة الى قبوله من جانب المقر له . وان كان هذا لا يعنى أن هذا الأخير يلتزم به ، بل ان له أن يصرف النظر عنه فى اثبات دعواه اذا وجد مصلحته فى ذلك . كما أنه لا يشترط أى شرط شكلى فيه ؛ فيصح أن يكون شفاهة ــ وهذا هو الغالب ــ وقد يكون مكتوبا . كما أنه قد يكون صريحا وقد يستفاد ضمنا من سلوك المدعى عليه فى الدعوى .

٢٧٥ ــ والاقرار حجة قاطعة على المقر ؛ يعفى من تقرر لمصلحته من عبء الاثبات . ويلتزم به القاضى ، كما لا يجوز للمقر أن يرجع بعد ذلك فى اقراره . وقد شاع التعبير عن حجية الاقرار ــ فى هذا المعنى ــ بالقول بأن هذا الأخير هو « سيد الأدلة » .

---

(١٧) جميل الشرقاوى (الاثبات) ص ١٢٩ .

هذا ولا يجوز تجزئة الاقرار على صاحبه، إللهم « الا إذا انصب على وقائع متعددة ، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى » (م ١٠٤ اثبات) .

٢ — اليمين :

٢٧٦ — اليمين هى اتخاذ الله تعالى شاهدا على صحة ما يقوله الحالف ، أو على عدم صدق ما يقوله الخصم الآخر . وهى طريق غير عادى للاثبات يلجأ اليه الخصم عندما يعوزه الدليل ، فلا يجد مفرا من الاحتكام الى ضمير خصمه بتوجيه يمين اليه يحسم بها النزاع فتسمى لذلك باليمين الحاسمة ، أو يلجأ اليها القاضى لاتمام ما فى الأدلة من نقص ، فيوجهها — من تلقاء نفسه — الى أى من الخصمين ، حين تسمى لذلك باليمين المتممة .

٢٧٧ — ويترتب على حلف من وجهت اليه اليمين الحاسمة هذه اليمين أن يخسر موجهها دعواه ، و « لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت اليه » ، « على أنه اذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى ، فان للخصم الذى أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون اخلال بما قد يكون له من حق فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده » (م ١١٧ اثبات) ، اذا كان ميعاد الطعن فى هذا الحكم لم ينقض .

أما اذا نكل من وجهت اليه اليمين عن حلفها خسر دعواه ، وكسبها من وجه اليمين (م ١١٨) .

على أن لمن وجهت اليه اليمين ألا يحلفها ، وانما يردها على خصمه الذى وجهها اليه ، حين لا يكون بامكان هذا الأخير أن يردها مرة أخرى . فليس أمامه الا أن يحلفها فيكسب دعواه ويخسرها الطرف الآخر ، أو ينكل عنها فيخسر دعواه ويكسبها الطرف الآخر .

على أنه اذا كان لأى من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة لخصمه

الآخر ، الا أنه « يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين اذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها » (م ١١٤ اثبات) . وفى كل الأحوال فانه « لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فى واقعة مخالفة للنظام العام » ، كذلك فانه يلزم - بداهة - أن « تكون الواقعة التى تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت اليه » ، أما ان كانت غير متعلقة بشخصه ، انصب الحلف على « مجرد علمه بها » (م ١١٥ اثبات) .

٢٧٨ - هذا و « للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه الى أى من الخصمين ، ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به . ويشترط فى توجيه هذه اليمين ألا يكون فى الدعوى « دليل كامل والا تكون الدعوى خالية من أى دليل » . (م ١١٩ اثبات).

٢٧٩ - ويبقى فى طرق الاثبات الاشارة الى القرائن القانونية ، وهى التى تتقرر بموجب نص القانون ، حين « تغنى من تقررت لمصلحته (القرينة القانونية) عن أى طريقة من طرق الاثبات » ، وان كان يجوز - مع ذلك - « نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » (م / ٩٩ اثبات) .

الباب الرابع

حماية الحق(1)

٢٨٠ ـ قد يتعرض الحق لانكار من جانب من يطالب به ، فيضطر صاحبه الى اثباته على نحو ما سبق بيانه . وقد يرفض المدين أداء حق الدائن طواعية ، أو يتعرض هذا الحق للاعتداء عليه من جانب الغير . عندئذ يكون الحق فى حاجة الى الحماية القانونية ، كما يكون صاحب الحق فى حاجة الى ما ييسر له سبيل التغلب على ممانعة المدين واقتضاء هذا الحق .

وفى ظل مجتمع منظم يحظر القصاص للنفس ، يناط أمر حماية الحق، وتيسر حصول صاحبه عليه ، باحدى سلطات الدولة الثلاث وهى السلطة القضائية ، التى يطرح أمامها النزاع الذى يثور حول الحق ، ليفصل فيه القاضى بقرار يقال له فى الاصطلاح ، الحكم . والدعوى هى الوسيلة الفنية أو الاجرائية التى يطرح بها النزاع على القضاء .

٢٨١ ـ ولقد سبق أن أشرنا فى الباب التمهيدى من هذه الدراسة ، الى أن الدعوى القضائية لا تعتبر ـ فى تقديرنا ـ عنصرا من عناصر الحق ، لأنها تالية على نشأته ، وان كان ذلك لا يخل بأن القيمة العملية للحق لا تتبلور الا اذا سندته الحماية القانونية (2) .

٢٨٢ ـ واذا ما صدر الحكم لمصلحة صاحب الحق ، تمتع

---

(1) تظفر الحماية القانونية للحق بوجه عام ، بدراسة أوفى وأعمق فى السنتين الثالثة والرابعة بالكلية ، حيث يدرس الطالب نظريتى الدعوى والحكم ، وكذلك الحماية التنفيذية . ومن ثم فسوف نجتزىء القول هنا على مجرد القاء الضوء على بعض جوانب هذا الموضوع ، بالقدر الذى يكفى حاجة المبتدىء فى دراسة القانون .

(2) راجع سابقا ص ٣٥ ، ٣٦ بند ١٨ .

بحجية ، تتضمن قرينتين : قرينة الصحة ، حين يفترض أنه قد صدر وفقا لإجراءات صحيحة ، قرينة الحقيقة ، حين يعتبر « عنوانا للحقيقة فى كل ما قضى به (٣) » • وتقوم هـذه الحجية على اعتبار يتعلق من ناحيـة « بحسن سير القضاء ، الذى يتنافى مع اعادة طرح النزاع الذى فصل فيه على القضاء من جديد لاحتمال تعارض الأحكام » (٤) • كما تقوم كذلك على اعتبار يتعلق « باستقرار العلاقات الاجتماعية ، وتحقيق السلام بين الناس ، بوضع حد للنزاع بينهم ومنع تأبيد المنازعات ، وللعمل على استقرار الحقوق لمن حكم لهم بها » (٥) بما يتفرع عليه الامتناع عن اعادة النظر بما قضى به الحكم للتعديل فيه ، اللهم الا اذا كان ذلك عن طريق الطعن ، فى الميعاد ، ووفقا للطرق والأحكام التى يقررها القانون • على أن هـذه الحجية ــ بالمعنى المتقدم ــ لا تثبت الا بين الخصوم أنفسهم وفى ذات الحق موضوعا وسببا •

٢٨٣ ــ هذا ويهيمن على النظام القضـائى مجموعة مبادىء ، تستهدف فى مجملها حسن سير القضاء ، أهمها من ناحية : مبدأ استقلال القضاء ، حين يتمتع القضاة فى عملهم باستقلال عن جميع الهيئات الحكومية الأخرى ، ولا يهيمن عليهم فى مباشرتهم لهذا العمل الا مجلس يتكون من بينهم أيضا ، يقال له (المجلس الأعلى للقضـاء) • كذلك فلما كان من المتصور وقوع أخطاء من جانب المحكمة التى تنظر النزاع ، فان حسن سير القضـاء يقتضى كذلك أن يكون التقاضى على درجتين ، بمعنى أن الحكم الذى يصدر من المحكمة يمكن عرضه ، عن طريق استئنافه ، على محكمة أعلى لاعادة النظر فيه ، تتشكل هذه المحكمة من قضاة أكثر عددا وأكثر خبرة • حين تتيح اعادة عرض النزاع على هـذا النحو للخصوم تصحيح دفاعهم الذى أبدوه أمام محكمة أول درجة ، « اذا كان ثمة حاجة الى تصحيحه وتدارك أوجه النقص فيه » (٦) • لكن استقرار الحقـوق

---

(٣) ، (٤) ، (٥) محمـود جمـال الدين زكى (مقـدمة الدراسات القانونية) ص ٤٦٥ بند ٣٢٢ .

(٦) محمـــود جمـــال الدين زكى ، المرجـــع السـابق ص ٤٥٧ بنـد ٣٠٧ .

لأصحابها ، وعدم تأييد المنازعات ، يقتضي ـ بالمقابلة ـ قصر التقاضى على هاتين الدرجتين (٧) .

٢٨٤ ـ واذا كان النظام القضائى فى التشريعات المقارنة ، يتنازعه نظامان : نظام القاضى الفرد ونظام تعدد القضاء ، فقد أخذ المشرع المصرى بالنظامين معا : فأخذ بنظام القاضى الفرد فى محاكم الدرجة الأولى (المحاكم الجزئية ، محاكم الأمور المستعجلة ، المحاكم الابتدائية حين تنظر النزاع بحسبانها محكمة أول درجة) ، حين أخذ بنظام تعدد القضاة فى محاكم الدرجة الثانية (المحكمة الابتدائية حين تنظر النزاع بحسبانها محكمة ثانى درجة ، ومحاكم الاستئناف) ، ومحكمة النقض .

٢٨٥ ـ فاذا ما حصل صاحب الحق على حكم نهائى بحقه ـ أى استنفد هذا الحكم طرق الطعن العادية من معارضة أو استئناف ، حين يقال عندئذ أنه حائز لقوة الأمر المقضى ـ كان هذا الحكم سندا تنفيذيا ـ يجيز له أن يتخذ اجراءات التنفيذ فى سبيل الحصول على حقه ، مستعينا فى ذلك بالسلطة العامة التى يتعين عليها أن تبادر الى مساعدته فى هذا الشأن طالما قدم اليها ما يسمى بالصورة التنفيذية ، وهى صورة الحكم المذيلة بالصيغة التنفيذية .

---

(٧) على أن يلاحظ انه ، لاعتبارات عملية ، يقصر المشرع التقاضى على درجة واحدة فى الدعاوى قليلة الأهمية .

الباب الخامس

مباشرة الحق

ضرورة التزام الحــدود الموضوعية للحق :

٢٨٦ ــ بديهى انه يجب على الشخص ، فى مباشرته لحقه ، أن يتقيد بالحدود الموضوعية لهذا الحق • فان تجاوزها كان مخطئا • وتعرض بالتالى للمسئولية ، لأنه ، فى هذا التجاوز ، انما يتعدى فى حقيقة الأمر على الحدود الموضوعية لحق غيره • مثال ذلك أن يجور المزارع على ملك جاره فيضم الى أرضه جزءا من ملك هذا الجار •

وبدون التزام الحــدود الموضــوعية للحقوق تســود الفوضى ، ما فى ذلك شك • ومن ثم يهــدف القانون ، فى كل مجتمع ، وأيا كانت الفلسفة السائدة فيه ، الى حماية الحقوق لأصحابها ، بالزام كل صــاحب حق بأن يلتزم الحدود الموضوعية لحقه ، لا يتجاوزها الى التعــدى على حقوق الآخرين ، والا تعرض للجزاء •

٢٨٧ ــ غير أن صاحب الحق قد يلتزم الحدود الموضوعية لحقه ، ومع ذلك ، يترتب على استعمال المكنات التى يخولها له هذا الحق ، ضررا يلحق بالغير • كمن يحفر فى أرض يملكها ، لا يتعــدى حدودها فيترتب على هذا الحفر تصدع فى جدار منزل جاره القريب من هــذا الحفر • بما يثور التساؤل معه ، عما اذا كان مثل هذا الاســتعمال ، فى هــذه الحدود ، يعتبر خطأ أم لا •

ضرورة مراعاة الغــاية الاجتماعية من الحق عند استعماله :

(نظرية التعسف فى استعمال الحق) •

٢٨٨ ــ فى ظل مجتمع يســوده المذهب الفردى ، تكون الاجابة على تساؤلنا السابق بالنفى • فما دام أن صاحب الحق قــد التزم الحدود

الموضوعية لحقه لم يخرج عليها ، فانه مهما نشـأ عن استعماله لحقه من ضرر بالغير ، فانه لا يكون مسئولا • فالفرد ، فى ظل مجتمع يسوده هذا المذهب ، هو غاية القـانون بمعنى أن هذا الأخير ما وجد ـ أساسا ـ الا لاسعاد الفرد ، ما دام أن حقوق الأفراد لها قدسيتها بالنظر الى سبق وجودها على وجود القانون نفسه ، بل وعلى وجود المجتمع • ولذلك فان دور القانون ، فى ظل هـذا المذهب ، انما يقتصر على التوفيق بين الحقوق الفردية للأفراد ، بهدف كفالة ممارستها على أكمل وجه ، وحماية كل صاحب حق من اعتداء الآخرين على حقه • ولقد ترجم المشرع الفرنسى هذه الأفكار فى صياغة واضحة ، حين جعل للمالك أن ينتفع بالشىء الذى يملكه ، وأن يتصرف فيه « بطريقة مطلقة الى أبعد حد » [1] •

غير أن هذه الأفكار قد بدأت تتوارى فى العصر الحديث ، لتفسح مجالا للأفكار الاشتراكية ، التى ترى فى الحق وسيلة لتحقيق غاية يحددها المجتمع ، أو فى عبـارة أخرى ، التى ترى أن لكل حق وظيفـة أو غاية اجتماعية ، يجب أن يلتزمها صاحب الحق فى مباشرته لحقه • فاذا حاد عن هذه الغاية ، فانه يكون قد أسـاء اسـتعمال حقه ، بما يجعل من هـذا الاستعمال أمرا غير مشروع •

وهكذا ، أصبحت لا تقتصر عدم مشروعية مباشرة الحق ، فى العصر الحديث ، على مجرد الخروج على الحدود الموضوعية للحق ، انما تشمل أيضا ، الانحراف باسـتعمال الحق عن غايته الاجتماعية ، أو ما يقال له اصطلاحا « التعسف فى استعمال الحق » L' abus de droit

تقنين النظرية فى التشريع المصرى :

٢٨٩ ـ ولقد أفرد المشرع المصرى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، المـادة الخامسة من المجموعة المدنية • فبعد أن قرر فى المـادة الرابعة ، مبدأ عدم المسئولية عن الاستعمال المشروع للحق ، ولو ترتب

---

(١) راجع سابقا ص ٥٥ بند ٤٧ •

على هـذا الاستعمال ضرر يلحق بالغير ، أضاف فى المـادة الخامسة ، أن استعمال الحق يكون غير مشروع فى أحوال ثلاث :

(ا) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(جـ) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

٢٩٠ ـ وليس يتسع هذا المقام الى استعراض ما أثير من خلاف حول الأساس القانونى لفكرة التعسف ، وما اذا كانت تعتبر صورة من صور الخطأ ، أم أنها تتميز عنه . ومن ثم نكتفى بالاشارة الى أن الرأى الغالب يتجه الى اعتبارها كذلك ، أى صورة من صور الخطأ ، ما دام ان هذا الأخير لايعدو أن يكون انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد ، ولاشك أن الرجل المعتاد لا يتعسف فى استعمال حقه(٢). ويبدو أن نفس نصوص المجموعة المدنية تؤيد هذا الرأى . فالمـادتين الرابعة والخامسة تتكلمان عن الاستعمال المشروع وغير المشروع للحق ، وعن مدى امكان مساءلة صاحب الحق عن كيفية استعماله لحقه .

غير أن تصدر هذه النظرية صدر المجموعة المدنية (المـادة الخامسة منها) ، يجب ألا يمر دون ملاحظة . فقد احتلت فى الواقع هذا الموضع قصدا من المشرع الى ابراز ما لها من أهمية ومن سيادة على اسـتعمال الحقوق بجميع أنواعها .

---

(٢) راجع مثلا : جمال زكى (١٩٦٤) ص ٣٢٣ بند ٢٢٣ ؛ نعمـان جمعـة ص ٥٨٢ ؛ عبد المنعم البـدراوى (١٩٥٧) ص ٣٨٦ بند ٢٨٥ ، عبد الفتـاح عبد البـاقى ص ٢٧٧ بند ١٨٧ ؛ أحمـد سلامة ص ١٥٧ بند ٨٦ ؛ جميـل الشرقاوى (١٩٧٠) ص ٢٧٨ ويقترب عبد الودود يحيى ص ٤١٢ ، ٤١٣ .

وقارن مع ذلك : شمس الدين الوكيل ص ١٧٤ .

معايير التعسف فى استعمال الحق :

٢٩١ — ويبدو من استعراض نص المادة الخامسة سابق الاشارة ، أن المشرع قد حدد معايير ثلاثة يعتبر استعمال الحق ، فى ضوئها ، غير مشروع . وهى :

١ — قصد الاضرار بالغير :

فاستعمال الحق يكون غير مشروع ، بلا أدنى شك ، « اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير » . وواضح هنا أن المشرع يعتمد معيارا ذاتيا أو شخصيا بحتا ، بمعنى أنه ينظر أساسا الى نية صاحب الحق فى استعماله. فان كان لا يقصد بهذا الاستعمال الا أن يضر بغيره ، دون أن تعود عليه هو من الاستعمال أية فائدة ، كان متعسفا فى هذا الاستعمال .

ومثال هذا الفرض ، أن يحفر صاحب الأرض بجوار جدار جاره ، لا لهدف الا انهيار هذا الجدار . أو يقيم فوق بنائه جدارا عاليا أصم ، لا يقصد به الا حجب الهواء عن ملك جاره ، وهكذا .

٢ — عدم تناسب المصلحة من الاستعمال ، مع ما ينجم عنها من ضرر بالغير :

ويكون صاحب الحق متعسفا أيضا فى استعماله ، ولو كان يقصد من هذا الاستعمال تحقيق مصلحة شخصية له ، ما دام أن هذه المصلحة لا تتناسب على الاطلاق وما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال. شريطة أن يكون التفاوت شاسعا . أو كما عبرت الفقرة / ب من النص سابق الاشارة ، أن تكون المصالح التى يرمى الى تحقيقها صاحب الحق باستعماله « قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » .

وواضح أن المعيار فى هذا الفرض الثانى ، هو على العكس ، معيار موضوعى بحت ، أساسه وزن المصالح المتعارضة : مصلحة صاحب الحق

من استعماله ، ومصلحة الغير من عدم هذا الاستعمال ، أو بعبارة أخرى ، الضرر الذى يعود على هذا الأخير من جراء استعمال الحق . فاذا كانت مصلحة صاحب الحق أكبر مما يعود على الغير من ضرر ، أو مساوية له ، أو حتى أقل منه لكن بقليل ، لا يعتبر صاحب الحق متعسفا . أما على العكس ، ان كانت لا تقارن مع الضرر البالغ الذى يصيب الغير من استعمال الحق ، كان هذا الاستعمال تعسفيا .

ويمكن أن نمثل لهذا الفرض ، بصاحب قطعة أرض صغيرة ، وسط حى سكنى كبير ، يستغلها كمزرعة ، لايمكن أن يتناسب عائدها وما يصيب جيرانه من ضرر من جراء ما ينبعث من هذه المزرعة من روائح كريهة ، وما ينطلق منها على هؤلاء الجيران من حشرات تقلق راحتهم وتضر بصحتهم . كما يمكن أن نستقى تطبيقا تشريعيا لهذا الفرض ، مما قضت به المادة / ٩٢٨ من أنه « اذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء ، قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة ، اذا رأت محلا لذلك ، أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكيته للجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » ؛ لأن اصرار صاحب الأرض على هدم البناء الذى جار به البانى على جزء صغير من ملكه ، يعتبر فى الواقع تعسفا ، حيث لا تتعادل البتة مصلحته فى الهدم ، مع ما يصيب مالك البناء من ضرر من جراء هذا الهدم . خاصة وأنه لن ينزل عن الجزء من أرضه الذى شغله الا فى مقابل تعويض عادل .

٣ ــ عدم مشروعية المصالح المقصود تحقيقها من الاستعمال :

وهو أمر بديهى ، ما دام أن للحقوق ، كما قلنا ، غاية اجتماعية ، تجعل من الضرورى أن يتسق استعمالها مع النظام العام الذى يقوم عليه كيان المجتمع ، ومع ما تسود هذا الأخير من أخلاقيات . وعليه ، فان استعمال الحق يكون غير مشروع ، باعتباره استعمالا تعسفيا ، اذا كانت المصالح التى يبغى صاحبه تحقيقها منه ، مصالح غير مشروعة ، تخالف النظام العام والآداب . كمن يدير مسكنه كمنزل للدعارة ، أو لتزييف

العملة ، أو كمن يحيط ملكه المجاور لنادى للطيران الشراعى ، بأعمدة عالية تعلوها أسياخ مدبية ليجبر ادارة النادى على شراء أرضه بسعر مرتفع .

جـزاء التعسف :

٢٩٢ ـ واستخلاصا من مفهوم المـادة الرابعة مدنى ، يجـد التعسف جزاءه فى التزام المتعسف بتعويض من يصيبه الضرر من جراء استعمال الحق على هذا النحو ، بحسبان هذا الاستعمال غير مشروع . أو فى عبارة أخرى ، يترتب على التعسف ، ما يترتب على ارتكاب الفعل الضار من أحكام .

وتطبق فى أنواع التعويض عن الاسـتعمال التعسفى للحق ، وفى تقدير هذا التعويض ، نفس القواعد التى تتبع فى خصوص الفعل الضار. وفى هذا الصدد ، تجدر الاشارة الى المـادة / ١٧١ مدنى ، التى تبين طريقة التعويض عن الفعل الضار ، حين تقضى بأنه « ١ ـ يعين القـاضى طريقة التعويض تبعا للظروف . ٢ ـ ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعا للظروف ، وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع ، وذلك على سبيل التعويض » .

الباب السادس
فى انقضاء الحق

تحـــديد :

٢٩٣ ـ تتميز الحقوق غير المـالية بأنها ـ أساسا ـ حقـوق دائمة . وان كانت هذه الصفة لا تخل بأن صاحب الحق من هذا النوع ، قد يحرم من حقه مؤقتا ، أو حتى يفقده نهائيا .

ففى الحقوق السياسية ، يؤدى ـ على سبيل المثال ـ الحكم على الشخص بعقوبة جناية ، الى حرمانه (أى فقد حقه) ، من الترشيح لعضوية المجالس النيابية .

وفى الحقوق العامة ، يفقد الشخص ، على سبيل المثال ـ حقه فى الحياة ، وفى سلامة جسمه ، بتنفيذ حكم الاعدام فيه . كما يفقد حريته فى التنقل ، طيلة المدة التى يقضيها فى السجن ، وهكذا .

وفى حقوق الأسرة ، يسقط على سبيل المثال ، الحق فى الوصاية ، بعزل الوصى بقرار من المحكمة ، اذا كان قد قصر فى ادارة أموال القاصر ، أو ظهر سبب من أسباب عدم صلاحيته ، أو اكتشاف سبب كان موجودا قبل تعيينه .

هذا ويلاحظ ، فضلا عما تقدم ، أنه بالنظر الى ما تتسم به هـذه الحقوق غير المـالية ، من عدم القابلية للتصرف فيها ، فان التنازل عن هذه الحقوق ، أو التصرف فيهـا من جانب صاحبها ، لا يمكن ـ بداهة ـ أن يعتبر طريقا من طرق انقضائها .

أما الحقوق المـالية ، بنوعيها (عينية وشخصية) ، فان طرق انقضائها تتعدد ، وذلك على النحو التالى :

اسباب انقضاء الحقوق المالية :

٢٩٤ — من البديهى أن نقل الحق من شخص لآخر ، يترتب عليه انقضاءه بالنسبة للأول ، فى الوقت الذى يكتسبه فيه الثانى . ومن ثم فان هذا النقل يمكن أن يكون — بالمعنى الواسع — طريقا لانقضاء الحق . هذا الانتقال قد يتم بين الأحياء ، أى بطريق التصرف القانونى ، وقد يتم بسبب الوفاة عن طريق الميراث . فمن يبيع منزله ، على سبيل المثال ، ينقضى حق ملكيته عليه . والدائن ، حين يحيل حقه قبل المدين الى شخص آخر ، ينقضى هذا الحق بالنسبة له ، ليصير المحال اليه هو الدائن الجديد ، أى صاحب الحق . واذا توفى الشخص ، انقضى ، بانتهاء شخصيته القانونية ، ما له من حقوق ، لتؤول هذه الأخيرة بعد وفاته الى الورثة .

وهكذا ، فانه بالنظر الى قابلية هذه الحقوق للتعامل فيها ، فان نقلها ، مما يمكن أن يعتبر ، بالمعنى الواسع ، طريقا من طرق انقضائها .

أما اذا أخذنا الانقضاء بالمعنى الدقيق ، وهو زوال الحق بشكل أصلى ، أى من غير طريق انتقاله ، فان أسباب الانقضاء ، بهذا المعنى ، تتعدد ، كما أنها تختلف بحسب ما اذا كان الحق المالى عينيا أوشخصيا ، وذلك على التفصيل التالى :

أولا : انقضاء الحقوق العينية :

تختلف طرائق انقضاء هذه الحقوق ، بحسب ما اذا كنا بصدد حق عينى أصلى ، أم حق عينى تبعى .

٢٩٥ — (ا) الحقوق العينية الأصلية :

يمكن تصور انقضاء هذا النوع من الحقوق بالأسباب الآتية :

١ — الهلاك :

فاذا هلك الشىء محل الحق العينى الأصلى ، انقضى — بداهة —

بهلاكه هـذا الحق . فالملكية ، لا تتصور الا واردة على شيء معين ، والحقوق المتفرعة عن الملكية ، تنقضى بحكم طبيعتها باقتضاء حق الملكية ذاته لهلاك محله .

٢ - التنازل :

لما كانت الحقوق العينية الأصلية هى من قبيل الحقوق المالية ، فانها بالتالى مما يمكن التنازل عنها . ومن ثم تنقضى بهذا الطريق . وفى هذا المعنى ، تقضى على سبيل المثال ، المادة ٨٧١ مدنى بأنه « يصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه صاحبه بقصد النزول عن ملكيته » .

٣ - عدم الاستعمال :

وتنقضى الحقوق العينية الأصلية ، المتفرعة عن الملكية ، فضلا عن ذلك ، بالتقادم المسقط ، لعدم استعمالها مدة ١٥ سنة . أما حق الملكية ، فانه فى تصور المشرع المصرى ، مما لا يسقط بعدم الاستعمال . وبالتالى فمهما مضى من زمن على قعود المالك عن استعمال ملكه ، لايمكن أن يقال ، لهذا السبب وحده ، بأن المالك قد فقد حقه . وتعبيرا عن هذه الفكرة ، يقال بأن الملكية حق دائم . وان كان هذا الدوام ، بهذا المعنى ، لا يتنافى وامكان أن تكتسب الملكية من صاحبها بالتقادم المكسب ، اذا وضع الغير يده على الشيء محل الملكية مدة ١٥ سنة ، دون أن يدافع المالك عن حقه . كما أن هذا الدوام الذى تسنده النصوص ، هو فى اعتقادنا أمر منتقد ، لأن عدم استعمال الأموال ، لا يضر بمصلحة صاحبها فحسب ، وانما يضر - فى الواقع - بالمصلحة العامة . ومن ثم فاننا نفضل لو جعل المشرع من عدم استعمال الملك مدة معينة سببا لسقوطه ، وأيلولته بعد ذلك للدولة .

(ب) الحقوق العينية التبعية :

٢٩٦ - عرفنا أن الحقوق العينية التبعية لا تقوم مستقلة بذاتها ،

ولا مقصودة لذاتها ، وانما تقوم مستندة الى حق شخصى ، وبهدف ضمان الوفاء بهذا الحق . ولذلك فانه من البديهى — فيما عدا انقضاء هذه الحقوق بالتنازل عنها — ألا يكون لهذه الحقوق سبب خاص لسقوطها . فهى تلحق ، فى هذا السقوط ، بانقضاء الحق الشخصى الذى تضمنه ، أيا كان سبب هذا الانقضاء . على أن يلاحظ أن طبيعة وظيفة هذه الحقوق ، تقتضى القول بانقضائها ، بالتنفيذ على المال المحمل بها ، ولو لم تكف حصيلة هذا التنفيذ للوفاء بالحق الشخصى الذى تضمنه أى ولو ظل جزء من الحق الشخصى الذى تضمنه باقيا ، وكذلك بالاستيلاء على العقار المحمل بها للمنفعة العامة ، لينتقل الحق العينى التبعى (الرهن) فى هذه الحالة الى التعويض الذى يدفع عن هذا الاستيلاء .

ثانيا : انقضاء الحقوق الشخصية :

٢٩٧ — تتميز الحقوق الشخصية (أو الالتزامات) ، بأن مصيرها الحتمى الى زوال ، بالنظر الى أن الالتزام انما يشكل فى الواقع عبئا يثقل كاهل المدين ، فلابد — بالتالى — من أن يكون له سبب لانقضائه ، والا أصبح مصادرة كاملة لحرية هذا المدين .

وينقضى الحق الشخصى (أو الالتزام) ، بطرائق متعددة . فهو ينقضى بالوفاء . غير أنه قد ينقضى بما يقوم مقام الوفاء ، بل قد ينقضى دون الوفاء به .

(ا) الوفاء :

ويقصد به أن يقوم المدين بتنفيذ ذات ما التزم به فى مواجهة الدائن (ويقال لهذا الطريق ، التنفيذ العينى للالتزام) ، ليكون لهذا الأخير ، اذا لم يقم المدين بهذا الوفاء اختيارا ، أن يجبره على ذلك ، ما دامت شروط التنفيذ العينى متوافرة . والا فلا يبقى للدائن الا الاكتفاء بالحصول على مقابل (أى تعويض) يحل محل هذا التنفيذ العينى .

(ب) ما يقوم مقام الوفاء :

وقـد ينقضى الالتزام (الحق) بطريق معادل للوفاء ، أو فى عبارة أخرى ، بما يقوم مقام الوفاء . والطرق المعادلة للوفاء ، هى :

١ ـ الوفاء بمقابل :

وهو ما يتحقق ، حين يقبل الدائن من مدينه ، عند الوفاء ، مقابلا آخر غير ما اتفقا عليه بداءة . فينقضى الدين بهذا المقابل ، ليقال ـ عندئذ ـ أن المدين قد أوفى بطريق الاعتياض . وفى هذا الشأن ، تقضى المادة ٣٥٠ مدنى بأنه « اذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشىء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء » .

٢ ـ التجديد :

ويقصد به ، الاتفاق على انقضاء الالتزام القديم ، بانشاء التزام جديد يحل محله ، ويختلف عنه اما فى محله أو مصدره أو فى أحد طرفيه (الدائن أو المدين) . فيترتب على هذا التجديد ، اذا استوفى الشرائط التى يحددها القانون ، « أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد » . م ٣٥٦ مدنى .

٣ ـ الانابة الكاملة فى الوفاء :

والانابة ، هى عمل قانونى ، بموجبه يلتزم شخص أجنبى عن الدين ، بوفاء دين المدين لدائنه ، وذلك باتفاق ثلاثتهم ، المدين (المنيب) ، والأجنبى (المناب) ، والدائن (المناب لديه) . ويترتب على الانابة ، انقضاء الالتزام ، اذا كان مضمون الاتفاق عليها أن تبرأ ذمة المدين ، ليتحمل الأجنبى الدين عنه ، وهو ما يقال له الانابة الكاملة . أما اذا لم يتضمن الاتفاق هذا المعنى ، كانت ناقصة ، وهى ـ فى هذه الحالة ـ لا تقضى الدين ، لأن الأجنبى فيها يتحمل الدين الى جانب المدين وليس بدلا منه .

٤ ــ المقاصة :

وهى طريق من طرق انقضاء الالتزام ، حين يصبح المدين دائنا لدائنه ، فينقضى الدينين بقدر الأقل منهما ، ليتعين على المدين بالجزء الباقى أن يفى به بالطريق العادى . كأن يكون (أ) دائنا لـ (ب) بمبلغ ١٠٠٠ ج ، ثم يصبح الثانى دائنا للأول بمبلغ ٧٠٠ ج ، فينقضى الدينين مقاصة بقدر الأقل منهما ، أو فى حدود ٧٠٠ ج ، ولا يبقى على (ب) لـ (أ) سوى ٣٠٠ ج . على أنه يشترط لوقوع المقاصة ، أن يكون هناك تقابلا بين الدينين ، بمعنى أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر فى نفس الوقت وبذات الصفة . وأن يكون هناك تماثلا بين الدينين فى المحل (بأن يكون كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة) . وأن يكون هذين الدينين خاليين من النزاع ، مستحقى الأداء ، صالحين للمطالبة بهما قضاء ، قابلين للحجز .

٥ ــ اتحاد الذمة :

ويتحقق هذا الطريق ، حين تجتمع « فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد » ، فيترتب على ذلك أن ينقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة . كأن يتوفى ــ على سبيل المثال ــ الدائن بمبلغ ١٠٠٠ ج ، ليرثه المدين بهذا المبلغ . فان كان هذا الأخير وحيدا ، انقضى الدين كله باتحاد الذمة فى شخص المدين (لاستحالة مطالبته لنفسه) . وان كان يرث نصف التركة لوجود وارث آخر ، انقضى الدين باتحاد الذمة فى حدود النصف ، ليبقى للوارث الآخر أن يرجع عليه بمبلغ ٥٠٠ ج .

(ج) انقضاء الحق (الالتزام) دون الوفاء به :

وينقضى الحق (الالتزام) ، دون الوفاء به ، اما لابراء المدين منه (م ٣٧١ مدنى) ، أو لاستحالة الوفاء به لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه . (م ٣٧٣ مدنى) أو لسقوطه بالتقادم لعدم مطالبة الدائن به ، مع امكان هذه المطالبة ، المدة التى يحددها القانون . (م ٣٧٤ : ٣٨٨ مدنى) .

* * *

تم بعون الله تعالى

قائمـــة المراجع

باللغـة العربيـة :

١ ـ د. أحمـد أبو الوفا :
ـ التعليق على نصوص قانون الاثبات ط/١ ـ ١٩٧٨ .

٢ ـ د. أحمـد سـلامة :
ـ نظرية الحق فى القانون المدنى ١٩٦٠ .

٣ ـ أحمـد صفوت :
ـ مقـدمة القانون ١٩٢٤ .

٤ ـ أحمـد نشأت :
ـ رسالة الاثبات ط/٥ ـ ١٩٥٠ .

٥ ـ د. اسماعيل غانم :
ـ محاضرات فى النظرية العامة للحق ط/٢ ـ ١٩٥٨ ، ط/٣ ـ ١٩٦٦ .

٦ ـ د. اسماعيل غانم :
ـ فى النظرية العـامة للالتزام ج/٢ ـ ١٩٦٧ .

٧ ـ د. برهام محمد عطا الله :
ـ مقدمة علم قانون المعاملات (النظرية المسـماة بنظرية الحق) ١٩٦٧ .

٨ ـ د. توفيق حسن فرج :
ـ المدخل للعـلوم القانونية ١٩٦٠ .

٩ ـ د. جميل الشرقاوى :
ـ مبادىء القانون (بدون تاريخ) .

١٠ ـ د. جميـل الشرقاوى :
ـ دروس فى أصول القـانون ـ الكتاب الثانى (نظـرية الحق) ١٩٧٠ .

١١ ـ د. جميـل الشرقاوى :
ـ الاثبات فى المواد المدنية ١٩٧٦ .

١٢ ـ د. حسن كيرة :
ـ أصول القانون ط/٢ ٥٩ ـ ١٩٦٠ .

١٣ ـ د. حسن كيرة :
ـ المدخل الى القانون ١٩٧١ .

١٤ ـ د. حمـدى عبد الرحمن :
ـ الحقوق والمراكز القانونية ٧٥ ـ ١٩٧٦ .

١٥ ـ د. سليمان مرقس :
ـ المدخل للعلوم القانونية ط/٢ ـ ١٩٥٢ .

١٦ ـ د. سليمان مرقس :
ـ أصول الاثبات فى المواد المدنية ط/٢ ـ ١٩٥٢ .

١٧ ـ د. شفيق شحاته :
ـ محاضرات فى النظرية العامة للحق ٤٨ ـ ١٩٤٩ .

١٨ ـ د. شمس الدين الوكيل :
ـ نظرية الحق فى القانون المدنى (بدون تاريخ) .

١٩ — د. عبد الرزاق احمد السنهوري و د. احمد حشمت ابوستيت :
— أصول القانون . أو المدخل لدراسة القانون ١٩٣٨ .
٢٠ — د. عبد الفتاح عبد الباقي :
— نظرية الحق ١٩٦٥ .
٢١ — د. عبد المنعم البدراوي :
— المدخل للقانون الخاص ١٩٥٧ .
٢٢ — د. عبد المنعم البدراوي :
— حق الملكية (الملكية بوجه عام وأسباب كسبها) ١٩٧٣ .
٢٣ — د. عبد المنعم فرج الصدة :
— الاثبات فى المواد المدنية ط / ١٩٥٤ .
٢٤ — د. عبد المنعم فرج الصدة :
— مصادر الالتزام ١٩٦٩ .
٢٥ — د. عبد الودود يحيى :
— دروس فى قانون الاثبات ١٩٧٠ .
٢٦ — د. عبد الودود يحيى :
— المدخل لدراسة القانون ١٩٧٦ .
٢٧ — عدنان حمودى الجليل :
— نظرية الحقوق والحريات العامة فى تطبيقاتها المعاصرة . رسالة القاهرة (بدون تاريخ) .
٢٨ — د. فتحى والى :
— التنفيذ الجبرى (وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة) ١٩٧٥ .
٢٩ — د. محمد سامى مدكور :
— نظرية الحق ١٩٥٤ .
٣٠ — د. محمد عبد الخالق عمر :
— مبادىء التنفيذ ١٩٧٧ .
٣١ — محمد على حنبولة :
— الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة . رسالة عين شمس ١٩٧٣ .
٣٢ — د. محمد على عرفه :
— شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ١٩٥٠ ، ط/٣ — ١٩٥٤ .
٣٣ — د. محمود جمال الدين زكى :
— دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ١٩٦٤ .
٣٤ — د. محمود جمال الدين زكى :
— نظرية الالتزام جـ/٢ (أحكام الالتزام) ١٩٧٤ .
٣٥ — د. محمود جمال الدين زكى :
— دروس فى الحقوق العينية الأصلية ٧٥ — ١٩٧٦ .
٣٦ — د. منصور مصطفى منصور :
— حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ١٩٦٥ .
٣٨ — د. نعمان محمد خليل جمعة :
— دروس فى المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٧ .

بالغة الفرنسية :

39) **Aubry (c) et Rau (c) :**
Cours de droit civil français. 4 éd T. 2. 1869

40) **Aubry et Rau par Bartin (E) :**
Cours de droit civil français. 5 éd T.9 1917

41) **Berthélemy (H) :**
Traité élémentaire de droit administratif 2 éd. 1930

42) **Beudant (Ch); par Voirin (p)**
Cours de droit civil français. 2 éd T. 4 1938

43) **Raffelan — Lanore (yvaine) :**
Droit civil 3 éd 1977

44) **Carbonnier (jean) :**
Droit civil T. 1 (introduction ; les personnes) 1971

45) **Catala (pierre) :**
La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne. Rev, trim, de, dr, civ, 1966 pp: 185 — 215

46) **Chevallier (j) :**
Droit civil 3 éd 1967

47) **Dabin (jean) :**
Les droits intellectuels comme categorie juridique. Rev crit 1939. pp 413 — 446

48) **Dabin (j) :**
Le droit subjectif 1952

49) **Dabin (j) :**
Une nouvelle définition du droit réel. Rev, trim, pp. 20 — 44

50) **Demogue (R) :**
Obligations et contrats spéciaux. Rev, trim 1931 pp 824 — 859 : (No B. conditions d'existence des obligations contractuelles. pp 832 — 835 No 14).

15) **Desbois (H) :**
Le droit d'auteur en france 2 éd 1966

52) **De Vareilles — Sommières :**
De la copropriété. Rev, crit, 1907 pp 530 — 541

53) **Ducrocq (TH) :**
Cours de droit administratif (et de législation française des finances). 7 éd T. 6 1905

54) **Duguit (L) :**
Les transformations générales du droit privé 1912

55) **Duguit (L) :**
Traite de droit constitutionnel. 2 éd T. 3 1913

56) **Foulon — Piganiol (j) :**
Le nom de la personne et les personnages d'une oeuvre de l'esprit. D 1968 — chr — pp 117 — 121

57) **Geny (M. F) :**
Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. DUGUIT. Rev, trim, 1922 pp. 779 — 829

58) **Ginossar (s) :**
Pour une meilleure définition de droit réel et du droit personnel. Rev, trim 1962 pp 573 — 589

59) **Hamel (j) :**
La personnalité motale et ses limites D 1949 chr pp. 141 —144

60) **Hebraud (p) ct Raynaud (p) :**
Jurisprudence française en matiére de droit judiciaire privé. Rev, trim, 1967 pp. 856 — 888

61) **Hebraud (p) : ct Raynaud (p) :**
Jurisprudence française en matiére de droit judiciaire privé. Rev, trim 1971 pp 407 — 432

62) **Josserand (L) :**
Cours de droit civil positif français 2 éd T. 1 1932

63) **Kayser (p) :**
La défense du nom de famille d'aprés la jurisprudence civile et d'aprés la jurisprudence administrative. Rev trim 1959 pp 10 — 42

64) **Kayser (p) :**
Les dorits dela personnalité aspects théoriques et pratiques. Rev, trim 1971 pp. 445 — 509

65) **Kelsen (H) :**
Aperçu d'une théorie générale de l'etat Rev, de, dr, public 1926 pp. 561 — 646

66) **Le Bris (R. F) :**
L'effet du divorce sur le nom des époux. D 1965 chr pp. 141 — 146

67) **Legeais (r) :**
Encyclopédie Dalloz (Droit civil) éd 1974. T. 5 sous (personne morale).

68) **Lesourd (N) :**
Violation du droit moral de l'auteur j. c. p 1967 — 1 — 2067

69) **Marty (g) ; Raynaud (p) :**
Droit civil. 3 éd (les personnes) 1976

70) **Marty (g) Raynaud (p) :**
Dorit civil. 3 éd T. 1 (les personnes) 1976
droit). 1972

71) **Mazeaud (H, L, et jean). par Juglart :**
Leçon de droit civil 5 éd. T. 1 1 ér Vol : (introduction à l'étude de droit) 1972

72) **Mazeaud (H, L, et J) par Juglart :**
Leçon de droit civil 5 éd T. 1 ém Vol : (les personnes) 1972

73) **Mevorach (N) :**
Le patrimoine. Rev, trim, 1936 pp 811 — 825

74) **Michaélidès — Nouaros (g) :**
L'évolution récente de la notion de lroit subjectif. Rev, trim, 1966 pp 216 — 235

75) **Nerson (M. R.)**
Jurisprudence française en matière de droit civil (A: personnes et droits de famille) . Rev, trim, 1966 pp 65 —78

76) **Parisot (B) :**
L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique. D 1972 — chr — pp 71 — 78

77) **Peiser (g) :**
La dissolution par décret des associations et groupements politiques français (loi du 10 janvier 1936) D 1963 chr pp. 59 —66

78) **Plaisant (R) :**
Note sous : T, gr, inst paris 3, 7, 1969 j. c. p. 1970 — 11 —16415

79) **Planiol (M); Ripert (g); avec le cancours de Picard (M)**
Traité pratique de droit civil français T. 3 1926

80) **Planiol (M) avec la collabortion de Ripert (g) :**
Traité élémentaire de droit civil 2 éd T. 1 1935

81) **Planiol ; Ripert : avec le concours de Boulanger (j) :**
Traité élémentaire de droit civil 4 éd T. 1 1948

82) **Ripert (g) :**
Abus ou relativité des droits. Rev, crit 1929 pp 33 — 64

83) **Roubier :**
Droits intellectuels ou droit de clientèle. Rev, trim 1935 pp. 251 — 304

84) **Roubier (p) :**
Théorie générale du droit. 2 éd 1951

85) **Savatier (R) :**
Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et arristique. j. c. p. 1957 — 1 — 1398 No 1 — 92

86) **Vergnand (ph) :**
Les droits du peintre sur son oeuvre. j. c. p. 1966 — 1 — 1975

87) **Waline (M) :**
Traité élémentaire de droit administratif 6 éd 1952

محتويات الكتاب

رقم الصفحة

الباب الأول
نشـــأة الحـــق

البـــاب الثانى
فى عناصر الحـق

حصر الأدلة — تصنيف الأدلة ٢٩٥

الباب الرابع
حمـاية الحـق

الباب الخامس
مباشرة الحـق

الباب السادس
انقضــاء الحـق

تصـــويب :

وقعت بعض الأخطاء المطبعية التى لا تغيب على فطنة القارىء اهمها :

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٠	٩ من هامش /١	Dro	Droit
٢١	٤	حيلينيك	جيلينيك
٤٧	١٩	شخص	شخصى
٥٠	٧	لشخصى	لشخص
٥١	١٤	الاستعمال	الاستغلال
٥٢	٢	الانتقاض	الانتقاص
٦٥	١٠ من هامش /٤١	Dersonnel	Personnel
٦٦	٧	الدائنين	المدينين
٧١	٦ من هامش /٥٢	الإرادة	الواردة
٧٨	١٧	المؤلفون	المؤلفين
٧٩	١	Gomposite	Composite
٨٣	١٦	أن عن	أو عن
٨٧	٢	مض	مضى
١١١	٥ ، ٦	—	يحل كل منها محل الآخر
١١٣	١١	شخص	شخصى
١٢٣	١٠	Cornentionla	Convention
١٣٠	٧	تذشأ	تنشئه
١٤٩	١٠	أو تخلفه ... الخ السطر	يحذف،ويكتب بدلا منه : فإنه يعتبر قد اكتسبها منذ لحظة تكوينه
١٥١	١٤	ذه	هذه
١٥٦	١٢	زوجته	زوجة
١٥٩	١٠	تحفظ	تحتفظ
١٧٥	٢	المواطن	الموطن
١٧٦	٣	١٤٩ مرافعات	١٩٧ تجارى
١٧٨	١	الاستقار	الاستقرار
١٨٢	٣	لاستقار	لاستقرار
١٨٩	١٤	تذتهى	تنهى
١٩١	٥ من هامش /٧٩	المصب	المكتب
١٩٣	١٢	آثار	آثار (٨٤)
١٩٣	١٢	ومن ثم ... الخ السطر	يحذف
١٩٣	١٣	كل السطر	»
١٩٣	١٤	نتيجة استغلال أو تواطؤ (٨٤)	»
٢٥١	٨	كيات	كيانه
٢٥٢	٨	lavol onté	la volonté
٢٦٧	٢	بحسن	بحسب
٢٨٠	٤	القنون	القانون
٢٩٥	٨	لدعى	المدعى
٢٩٧	٢٣	كتابى	الكتابى
٣٠٠	٤	بالقرنية	بالقرينة



مطبعة الاستقلال الكبرى
٨ شارع نجيب الريحانى ـ القاهرة
تليفون ٧٤٤٠٧٦ ـ ٧٤١٦٩٨